



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Enfermedades profesionales: un estudio de su prevención

Chantal Moll de Alba Lacuve

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE BARCELONA



Divisió de Ciències Jurídiques,  
Econòmiques i Socials

FAIG CONSTAR que el contingut d'aquest  
exemplar de tesi doctoral, coincideix amb el que  
el Sr. \_\_\_\_\_  
ha defensat davant d'aquest Tribunal.

El Secretari del Tribunal,

Signat:

Barcelona, \_\_\_\_\_ d \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

## ENFERMEDADES PROFESIONALES. UN ESTUDIO DE SU PREVENCIÓN

Memoria de Tesis Doctoral que presenta

*Susana Moreno Cáliz*

para la colación del grado de Doctor en Derecho.

#### 6.4.4. La incidencia de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema.

En otro orden de cosas, aunque conectadas con lo anterior, se plantea cuál es la incidencia de la reforma de la Seguridad Social por la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema, especialmente en cuanto a las normas relativas a la revisión y a la nueva denominación de las pensiones.

El art. 7 del RD 1647/1997, de 31-10 por el que se desarrollan determinados aspectos de la citada ley, regula la nueva denominación de las pensiones de incapacidad permanente en determinados supuestos, a saber, cuando el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente haya cumplido la edad de sesenta y cinco años. No obstante, como ya se dijo la nueva denominación no supone modificación del régimen jurídico de las prestaciones. Esa norma se extiende a las pensiones de incapacidad permanente cuando los beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, en el régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón:

“Art. 7.3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, con independencia de sus normas particulares sobre prestaciones, en relación con la cuantía de la pensión de los inválidos absolutos y grandes inválidos al cumplir la edad de jubilación, de conformidad con lo establecido en el art. 20 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, en la redacción dada por la Orden de 8 de abril de 1986, por la que se modifica dicho artículo”.

Efectivamente el art. 20 de la citada Orden regula el derecho de los pensionistas del régimen Especial de la Minería del Carbón por invalidez permanente absoluta o gran invalidez a solicitar que la cuantía de su pensión resulte modificada en los términos que establece el precepto (vid. Epígrafe 4.3.3.1). Se trata de un derecho que puede ejercitar o no el pensionista si reúne las condiciones establecidas y que le permitirá percibir una prestación en una cuantía superior a la que con anterioridad venía percibiendo (art. 20.2: ...”siempre que esta cuantía resulte superior a la que con anterioridad tuviera la pensión de invalidez”). La nueva cuantía de la pensión de incapacidad permanente que corresponda, de acuerdo con las normas que establece el apartado

segundo del art. 20 (en total se establecen cinco reglas, relativas al cálculo de la base reguladora, criterios de determinación del porcentaje aplicable, cálculo de la cuantía de la pensión si se trata de un pensionista de gran invalidez y cuantía de la pensión en caso de renuncia), tiene efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que el interesado haya ejercitado su derecho.

Esta norma especial seguirá siendo aplicable, pese a la nueva denominación que pueda recibir la prestación por disposición reglamentaria expresa.

#### 6.5. Las particularidades de las prestaciones por muerte y supervivencia en materia de silicosis.

Las reglas aplicables a las prestaciones se encuentran fundamentalmente en la Orden Ministerial 3-4-1973 que desarrolla el Decreto de 8-2-1973 que regula el Régimen Especial de la Minería del Carbón (REMC), si bien no puede omitirse la regulación del Reglamento de Enfermedades profesionales que contiene alguna especialidad sobre el tema.

En este sentido el REP modificado por la Orden de 8 de abril de 1964 que añade un nuevo párrafo al art. 63 comprende un supuesto particular de aplicación en materia de silicosis. El precepto prevé la protección del trabajador silicótico de primer grado, que como es sabido no se asimila a ningún grado de incapacidad y da derecho al traslado de puesto de trabajo (art. 45.2 REP).

La enfermedad de silicosis es irreversible, de modo que una silicosis de primer grado puede devenir en una silicosis más grave de segundo o tercer grado, que dan derecho al acceso de prestaciones de incapacidad permanente o incluso en la muerte del trabajador. Estas situaciones son las que prevé el art. 63 del REP en su redacción de 1964, esto es, el pase del silicótico de primer grado a ser pensionista por su calificación de segundo o tercer grado o fallezca dejando pensión a sus derechohabientes.

En esos casos la pensión que corresponda reconocer se calcula con arreglo a unas normas particulares que pretenden favorecer o al menos no perjudicar a los beneficiarios de las mismas por el hecho de haber estado el trabajador silicótico en una situación irregular como es

haber sido trasladado de su puesto de trabajo de origen. De ahí que se conceda a los beneficiarios de la pensión (ya sea pensionista de incapacidad permanente o pensionista de prestaciones por muerte y supervivencia) a optar entre dos reglas: 1) tomar los salarios percibidos en los doce meses anteriores a la declaración del primer grado, actualizando el salario por el promedio de lo que perciban en el momento del cese (con motivo de la incapacidad o del fallecimiento) los trabajadores de su categoría de procedencia, o 2) promedio de los doce meses últimamente trabajados en el nuevo puesto a que haya sido trasladado.

De esta manera no se penaliza la situación de traslado del trabajador aquejado de una enfermedad profesional que resulta irreversible y que merma su salud, pero que no debe mermar sus ingresos.

Por otro lado la existencia en el REMC de dos supuestos singulares sobre las prestaciones de incapacidad permanente tiene su incidencia a la hora de calcular las pensiones por muerte y supervivencia. Es decir, que las normas establecidas en los arts. 20, 22 de la OMREMC, sobre incremento de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuando se alcanza la edad de jubilación así como el acceso a la pensión de jubilación del declarado en incapacidad permanente total provocan un régimen especial en materia de prestaciones por muerte y supervivencia.

En el caso de que el pensionista de jubilación del REMC (que haya sido pensionista de incapacidad permanente total para la profesión habitual y accede a la jubilación por aplicación de lo dispuesto en el art. 22 de la O. 3-4-1973) podrá causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia por accidente de trabajo o enfermedad profesional, si bien se aplicarán las reglas sobre la presunción de muerte debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional fijadas en el art. 172.3 TRLGSS. Por consiguiente se podrá probar en cualquier momento la causa de la muerte del jubilado del REMC debida a una enfermedad profesional (mientras que si se quiere probar que el fallecimiento fue debido a un accidente de trabajo es necesario que la muerte ocurra dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente).

Por otro lado el art. 20.5 contiene una serie de reglas para calcular las prestaciones de muerte y supervivencia cuando el causante es pensionista de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez cuya pensión ha incrementado su cuantía al haber cumplido la edad de sesenta y cinco años. La base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia se determinarán de acuerdo con la base reguladora que haya servido para calcular la nueva cuantía. Dicho esto, los importes de las prestaciones así calculadas se incrementan con el de las mejoras o revalorizaciones periódicas que las prestaciones de igual naturaleza hayan tenido lugar desde la fecha en que se hubieran producido los efectos de la nueva cuantía de la pensión del inválido causante o desde la fecha en que se produce el hecho causante de la pensión a que se renunció. Esta norma se introduce por Orden de 8 de abril de 1986, que en sus disposiciones transitorias establece un régimen provisional<sup>1289</sup> en materia del derecho a solicitar el reconocimiento de la nueva cuantía de la pensión del causante si éste fallece sin poder solicitar ese incremento de la cuantía<sup>1290</sup>. Los beneficiarios pueden efectuar la opción por la nueva cuantía, que tendrá sus efectos en las prestaciones por muerte o supervivencia que les correspondan, cuando el pensionista que fallece hubiera cumplido la edad de 65 años, edad real o ficticia que resulte de la aplicación de los coeficientes reductores. Es requisito

---

<sup>1289</sup> Como dice el TS en Sentencia de 3-6-1995(Ar./6581) "El preámbulo de la Orden de abril de 1986 expone que su objeto es adecuar la redacción del artículo 20 a la interpretación que de él venían haciendo los Tribunales, en el sentido que aunque tuvieran derecho a otra pensión de la Seguridad social los pensionistas de invalidez absoluta si renunciaban a ella seguirían teniendo derecho a la conversión [...]es de considerar que la norma sujeta a interpretación es una norma transitoria, y por ello mismo, su alcance no puede ser otro que el de regular aquellas situaciones que se desarrollan vigente la norma precedente y de la nueva y que no es aplicable a las situaciones que tienen toda su existencia bajo la nueva regulación [...] es claro, que la finalidad de toda norma transitoria es adaptar las situaciones sujetas sucesivamente a dos normativas distintas armonizando los derechos de ambas, pero no conceder derechos ajenos a ellas".

<sup>1290</sup> La Disposición Transitoria 2ª de la Orden reza así: "Los titulares de pensiones derivadas de hechos causados por pensionistas que, de no haber fallecido hubieren podido ejercitar su derecho en las condiciones a que se refiere la presente disposición podrán solicitar el reconocimiento de la nueva cuantía de la pensión a que pudiera dar lugar la aplicación del artículo 20 den la redacción dada por la presente Orden".

imprescindible que el fallecimiento se haya producido antes de cumplir esa edad tal y como dejó claro el Tribunal Supremo al interpretar esta disposición basándose en la finalidad de la reforma cometida por la Orden de 8 de abril de 1986:

"[...]ya que la exposición de motivos de la Orden de 8 abril 1986 evidencia que la misma es completamente ajena a una mejora de los derechos de los pensionistas que traen su causa de pensionistas de silicosis, mejora que propugna la interpretación de la sentencia traída como contradictoria al reconocer a estos pensionistas el derecho a beneficiarse de la conversión de pensión de los causantes, aunque éstos no hubieran cumplido en vida los 65 años a que se condiciona dicha conversión. Este derecho no está reconocido, ni en la antigua ni en la nueva legislación, por lo que esta interpretación es también ajena a su inteligencia sistemática y la finalidad de una norma transitoria. Por último, leídas las disposiciones transitorias primera y segunda, es también claro que esta última viene sólo a remediar el supuesto de que el titular de la pensión no hubiera podido solicitar la conversión, no por no haber cumplido los 65 años, sino por haber fallecido con 65 años antes de realizar la conversión que le autoriza la disposición transitoria primera" (FD 2º, STS 7-7-1995, Ar./5912)

Asimismo sobre el particular SSTS 3-6-1995(Ar./6581)<sup>1291</sup>, 5-10-1995 (Ar./7193), 5-2-1996 (Ar./850).

## 7. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN ORDEN A LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL.

### 7.1. Planteamiento de la cuestión.

La enfermedad profesional desde el punto de vista de la reparación ha sido el hilo conductor de todo el presente Capítulo dedicado al estudio de la tutela de la enfermedad profesional en la legislación de Seguridad Social. No obstante, únicamente se ha tratado ese aspecto de la protección, abordando la prevención de aquélla en un Capítulo anterior (Vid. Supra. Capítulo II: La prevención de la

---

<sup>1291</sup> Apoya la tesis de la sentencia recurrida que se limita a conceder a los pensionistas que traen causa del fallecido los derechos que éste les hubiera transmitido de vivir y ejercitar los derechos reconocidos en la nueva norma interpretada.

enfermedad profesional). Esa dicotomía entre reparación/prevención que ha estado presente en esta segunda Parte –dedicada a la tutela de la enfermedad profesional en el Derecho Positivo- va a tener su reflejo en este epígrafe, en el que se plantea la responsabilidad limitada a las obligaciones que en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social se imponen en relación con la enfermedad profesional.

No se pretende delimitar en este apartado todas las obligaciones previstas en la LGSS vinculadas a la enfermedad profesional (v.gr. la responsabilidad por falta de reconocimientos médicos –art. 197 TRLGSS- o por desatender a las órdenes de paralización de trabajos por parte de la Inspección –art. 195 TRLGSS-, que se trata en el Capítulo relativo a la prevención de la enfermedad profesional) sino más bien definir cuál es el papel que los sujetos implicados tienen a la hora de imputar responsabilidad en orden a las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional. Por consiguiente la responsabilidad, en este sentido, viene delimitada fundamentalmente por un elemento subjetivo. De ahí que se pretenda analizar cuáles son las obligaciones del empresario, MATEPSS y del INSS como entidad gestora en cuanto a las prestaciones por enfermedad profesional.

En este sentido el tratamiento de la cuestión se divide en dos partes: una dedicada al estudio de la imputación de responsabilidad al empresario incumplidor y otra dirigida a establecer la distribución de responsabilidad entre el INSS como entidad gestora y las Mutuas y empresarios autoaseguradores como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social. Como es sabido en el ámbito de la Seguridad Social se imponen obligaciones especialmente al empresario que es el principal sujeto de la relación jurídica que se establece con la Seguridad Social. Se debe, por tanto, delimitar esas obligaciones en relación con las prestaciones derivadas de enfermedades profesionales. Por otro lado conviene tener presente la actuación de aseguramiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que juegan un papel destacado en el ámbito de las contingencias profesionales, en general, si bien el INSS, Entidad Gestora de la Seguridad Social, adquiere un mayor protagonismo en materia de enfermedades profesionales como sucesor del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, órgano creado por el Decreto 792/1961, de 13 de abril para –entre otras cosas- gestionar las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional. En esta segunda

parte será necesario mencionar la actuación del empresario asegurador de las contingencias profesionales, al que puede atribuírsele responsabilidad en el mismo sentido que a la MATEPSS, como entidad colaboradora, de acuerdo con lo establecido en el art. 67 del TRLGSS<sup>1292</sup>.

## 7.2. Imputación de responsabilidad al empresario por incumplimiento.

### 7.2.1. Introducción

El empresario está obligado a formalizar la protección de las contingencias profesionales en el momento de inscribirse como tal en la Seguridad Social<sup>1293</sup>, optando por una entidad privada como una MATEPSS o bien por la entidad gestora de las prestaciones de la Seguridad Social como es el INSS<sup>1294</sup>, en virtud de lo dispuesto en los arts. 70 y 99 del TRLGSS. Partiendo de este dato el empresario resulta

---

<sup>1292</sup> El art. 67.1 dispone que la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social se llevará a cabo por Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y por las empresas, de acuerdo con lo establecido en la presente sección.

<sup>1293</sup> A través de la inscripción, el empleador, y su empresa, se constituyen en centros de imputación o de referencia de determinadas relaciones jurídicas de seguridad social. Véase L.E. DE LA VILLA GIL, A. DESDENTADO BONETE: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, (Aranzadi), 2ª edición, 1979, pg. 268.

<sup>1294</sup> Esa opción dio lugar al inicio del sistema de Seguridad Social a debates doctrinales en torno a su eficacia como contrato de seguro, tal y como ponen de manifiesto L.E. DE LA VILLA GIL Y DESDENTADO BONETE, quienes niegan el carácter negocial de la opción ejercitada: "aunque tal opción resulte contradictoria con ciertos principios del sistema de seguridad social, su existencia no basta para afirmar la autonomía de la protección por estas contingencias profesionales ni el carácter contractual de la misma". Vid. *Manual de Seguridad...cit.*, pg. 269. Como señala MERCADER UGUINA esa opción encaminada a determinar la entidad gestora o colaboradora que se responsabiliza de la protección "nada tiene que ver, como se ha puesto de relieve, con la antigua y superada póliza del seguro de accidentes de trabajo, si bien el convenio de asociación es un acto previo que mutila el alcance de la inscripción como acto administrativo global". En AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2ª edición, 1999, pg. 140

además obligado a dar de alta a los trabajadores que contrata<sup>1295</sup> y a cotizar por ellos con arreglo a lo que establecen los arts. 100 y 103 respectivamente<sup>1296</sup>.

El incumplimiento de estas obligaciones va a significar la imputación de responsabilidad en materia de prestaciones derivadas de una contingencia concreta<sup>1297</sup>. Sin embargo, no se plantea cuál es la

---

<sup>1295</sup> Se trata de un acto administrativo con mayor relevancia que la afiliación ya que concreta junto con la baja la situación real de las relaciones jurídicas de cotización y protección y refleja el desarrollo de las relaciones laborales subyacentes. El alta determina la constitución de las relaciones de seguridad respecto de un sujeto protegido determinado. En *Manual cit.*, pg. 271. La afiliación determina simplemente la inclusión del trabajador en el Sistema y junto con otros elementos, constituye título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones de seguridad social. Vid. *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, (Civitas), 17ª edición, 2000, pgs. 440-441.

<sup>1296</sup> La obligación de inscripción del empresario constituye junto a las obligaciones de afiliación y alta obligaciones accesorias con respecto a las relaciones jurídicas básicas de cotización y protección, según L.E. DE LA VILLA GIL Y DESDENTADO BONETE. El incumplimiento de aquellas obligaciones tiene un efecto sancionador directo (imposición de sanciones por infracciones graves) e indirecto (imputación de responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones). No puede atribuir a los actos de afiliación y alta de carácter constitutivo. Vid. *Manual de Seguridad Social ...cit.*, pgs. 264-266. En el mismo sentido J.L. MONEREO PÉREZ, J. M. VIÑAS ARMADA, en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I (Arts. 1 a 127), Granada, (Editorial Comares), 1999 [Comentarios al art. 126, especialmente pgs. 1179-1180]. Por su parte ORDEIG FOS habla de situaciones jurídicas de seguridad social que se relacionan entre sí y que se integran por situaciones jurídicas de afiliación situaciones jurídicas de cotización, situación jurídica de gestión, situación jurídica prestacional y situación jurídica de responsabilidad. De tal suerte que el derecho a la prestación depende de la situación en la que se halla el sujeto. Vid. *El sistema español de Seguridad Social*, Madrid, (Edersa), 2ª edición, 1986, pp. 49-52.

<sup>1297</sup> Vid. Al respecto los Comentarios de la Enciclopedia CISS sobre "El Régimen General de Prestaciones y Responsabilidades", a cargo de J. GARCÍA ORTEGA, Capítulo de la *Acción Protectora-VI*, p. 14. El estado de la cuestión según el autor es el siguiente: "en la actual fase de la evolución normativa interna, la responsabilidad de la protección de los trabajadores por la actualización de las contingencias y en las situaciones legalmente contempladas, recae sobre el empresario. Se trata, por tanto, de una responsabilidad privada. Ahora bien, también legalmente se impone la obligación a los empresarios de constituir la relación aseguradora por dichas contingencias y cumplir las obligaciones que de la misma se derivan (cotizar, especialmente). Cumplidas debidamente las obligaciones formales y materiales, la

consecuencia inmediata del incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización por parte del empresario infractor con carácter general, tema que excede de los límites de este trabajo, sino más bien se pretende conocer cómo afecta el incumplimiento de dichos deberes del empresario con la Seguridad Social en relación con la protección de las enfermedades profesionales. Dicho de otro modo, qué incidencia tiene el incumplimiento de la obligación de afiliación, alta y cotización, por separado en orden a la imputación de responsabilidad por prestaciones derivadas de la enfermedad profesional.

### 7.2.2. Incumplimiento de la afiliación y alta

Como punto de partida, debemos considerar que la enfermedad profesional como contingencia profesional está amparada por la norma establecida en el art. 125.3 del TRLGSS, relativa al alta de pleno derecho o alta presunta<sup>1298</sup>, que conecta con el principio de automaticidad absoluta de las prestaciones<sup>1299</sup>:

---

responsabilidad no se desplaza desde el empresario al ente gestor, sino que se imputa directamente al sujeto incumplidor”.

<sup>1298</sup> En realidad no se trata de una presunción, como muy bien apunta A. DESDENTADO BONETE, pues el trabajador tiene que probar la existencia del supuesto de hecho determinante del alta. Es más bien un mecanismo que permite actuar directamente la protección por parte de la entidad gestora o colaboradora con independencia de la responsabilidad. En AA.VV: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 2ª edición, 1999, pg. 322.

<sup>1299</sup> A. DESDENTADO BONETE – en op.cit.- define el alta de pleno derecho como “un instrumento al servicio del principio de automaticidad”. Este principio puede ser pleno o relativo, según su efectividad sea absoluta (anticipo de las prestaciones, aunque no esté dado de alta el trabajador, en caso de contingencias profesionales, desempleo y asistencia sanitaria por contingencia común o profesional, según el art. 125.3 TRLGSS) o relativa (anticipo cuando el trabajador se encuentra en situación de alta formal), aunque, en cualquier caso está previsto para mitigar los efectos de la insolvencia del empresario responsable de las prestaciones, por incumplidor, sobre los derechos del trabajadores beneficiarios de las prestaciones. Vid. J. GARCÍA ORTEGA, *Comentarios IV- Régimen general de las prestaciones...cit.* J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ señala las divergencias doctrinales en torno al alta presunta o de pleno derecho. Así para una parte de la doctrina se entiende que es una ficción legal de existencia del requisito de alta que equivale a la existencia de alta real o formal pero sólo en el sentido de entender cumplido el requisito del art. 124.1 TRLGSS, de modo que el alta presunta no implica la existencia real a los efectos de imputación de

"Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, *enfermedades profesionales* y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones[...]"

Por tanto, pese al incumplimiento de la obligación de afiliación y/o alta<sup>1300</sup> por parte del empresario<sup>1301</sup>, el trabajador se encuentra

responsabilidad, sino sólo a efectos de su devengo. Por el contrario existe otro sector doctrinal que considera que el principio de automaticidad debe operar siempre que el trabajador esté dado de alta, en situación asimilada al alta o en alta presunta o de pleno derecho, entendiendo que el alta de pleno derecho tiene un valor instrumental, respecto del alcance del principio de automaticidad. Véase *Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, Madrid, (CDN-Ciencias de la Dirección), 1995, pgs. 111-112. La conexión del alta de pleno derecho y la automaticidad de las prestaciones es evidente en cuanto que, como ha entendido la doctrina, el cometido del alta presunta es poner en marcha el principio de automaticidad de las prestaciones. En *Curso de Seguridad Social*, coord.. A. MONTOYA MELGAR, Madrid, (UCM-Servicio de Publicaciones), 2ª edición, 2000, p. 401. Así v.gr. en Sentencia de 13-6-1995 [Ar./4897. Ponente: A. DESDENTADO BONETE] el TS relaciona alta de pleno derecho y automaticidad de las prestaciones para negar el anticipo cuando se trata de una IT derivada de contingencia común: "[...]la doctrina de la Sala, contenida en las Sentencias de 22 abril y 3 noviembre 1994 (RJ 1994\3271 y RJ 1994\8588), ha establecido que en estos supuestos de incapacidad temporal -incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional-, cuando no hay alta de pleno derecho por tratarse de contingencia común, la Entidad Gestora no está obligada a anticipar la prestación, porque no resultan aplicables las normas tercera y cuarta del número 1 del artículo 95 de la Ley 21 abril 1966, sin que pueda fundarse la acción de garantía del organismo gestor en la previsión que contiene el número 5 del artículo 94 de dicha Ley, que afecta únicamente a las prestaciones de invalidez permanente derivadas de accidente no laboral, no a las de invalidez provisional".

<sup>1300</sup> Teniendo en cuenta que la afiliación es única, general e irreplicable para todo el sistema y viene a ser un alta inicial que supone la inclusión del trabajador en el sistema de la Seguridad Social, el alta puede venir precedida inmediatamente de aquel acto administrativo de inclusión o bien operar autónomamente respecto al acto de afiliación. La comunicación a la TGSS por parte del empresario del ingreso del trabajador a su servicio constituye el contenido del alta

<sup>1301</sup> La falta de alta en caso de sucesión de situaciones protegidas que derivan de una misma contingencia determinante (v.gr. incapacidad temporal y permanente) supone la responsabilidad empresarial en ambas prestaciones. Vid. La doctrina del TS en Sentencia de 13-6-1995, citada en nota anterior, en cuanto a la responsabilidad por la situación de IT e invalidez provisional: La cuestión debatida ha sido resuelta por la

protegido por el sistema de Seguridad Social y accede a las prestaciones que deriven de la enfermedad profesional<sup>1302</sup>. Ello quiere decir que el empresario infractor<sup>1303</sup> va a responder directamente de las prestaciones que se reconozcan al trabajador (sin perjuicio de otras responsabilidades imputables al empresario)<sup>1304</sup> en virtud de lo dispuesto en el art. 126.2 TRLGSS<sup>1305</sup>.

Sentencia de 20 diciembre 1994 (RJ 1994\10500), dictada en el Recurso 2118/1994, en el que se aportaba como contradictoria la misma sentencia de la Sala de Madrid que se alega por la entidad recurrente en el presente recurso. La doctrina unificada que se contiene en la sentencia citada establece que el requisito de alta para causar derecho a la prestación de invalidez provisional ha de cumplirse en el momento en que comienza la incapacidad laboral transitoria de la que deriva aquella situación protegida, como corresponde a la continuidad existente entre las situaciones protegidas y a la inexistencia de requisitos de acceso a la protección específicos para la invalidez provisional (artículo 16 del Real Decreto 1646/1972 en relación con el artículo 4.1 de la Orden 15 abril 1969).

<sup>1302</sup> Hay que tener en cuenta el supuesto específico previsto en el Reglamento de Inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de los trabajadores citado con anterioridad, en virtud del cual se considera situación asimilada al alta la de los trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una incapacidad permanente derivada de esa contingencia.

<sup>1303</sup> Al empresario le incumbe la prueba en cuanto al cumplimiento de las obligaciones de afiliación y alta en relación con la fecha del hecho causante de la prestación, según J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, en *Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales... cit.*, p. 103.

<sup>1304</sup> Evidentemente como exponen J.L. MONEREO Y J.M. VIÑAS claramente "si el trabajador debió estar en alta y no lo estuvo, o si se debió cotizar y no se hizo, el trabajador no pierde por ello el derecho a la protección, sino que se producirá un desplazamiento de la responsabilidad en orden a las prestaciones", op. Cit., p. 1183. Los defectos de constitución de la relación de seguridad social (ausencia de afiliación y alta en la Seguridad Social) provocan una situación defectuosa en virtud de la cual se imputan responsabilidad al empresario de distinta naturaleza: responsabilidad administrativa (imposición de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones), responsabilidad en cuanto a la obligación de cotización y responsabilidad empresarial en cuanto a las prestaciones. Vid. M. ALONSO OLEA, TORTUERO PLAZA, *Instituciones de la Seguridad Social... cit.*, pgs. 450-451.

<sup>1305</sup> El art. 126.1 de la Ley se refiere al supuesto normal de imputación de responsabilidad a las entidades gestoras, a las Mutuas y empresarios autoaseguradores cuando se cumplen las condiciones para causar derecho a una prestación (alta y cotización). No obstante la doctrina considera que el precepto, en

"El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones<sup>1306</sup>, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva".

---

este apartado, no trata de la responsabilidad, en un sentido técnico, porque para ello sería necesario partir del supuesto de denegación de la prestación por la entidad gestora o colaboradora cuando el beneficiario reúne todos los requisitos para acceder a la prestación. Véase AA.VV.: *Curso de Seguridad Social*, (coord. A. MONTOYA MELGAR), Madrid...cit., p. 396. Por su parte ORDEIG FOS considera que este primer apartado (art. 126.I TRLGSS, anterior art. 96.I LGSS-74) se identifica con el supuesto de responsabilidad prestacional normal. Al respecto el autor - Magistrado del TSJ de la Comunidad Valenciana- distingue dos tipos de responsabilidad prestacional : la normal y la especial. La primera se produce en condiciones normales, "con el juego ordinario del sistema, supone que se ha llenado válidamente la situación jurídica de afiliación prestacional y la de afiliación contributiva, así como la de alta, y la situación jurídica de cotización (cotización cubierta), y se han cumplido en general todas las normas formales del sistema." Es decir, en esta situación el empresario carece de responsabilidad prestacional porque cumplió con todas sus obligaciones, de manera que el traslado a empresa de la responsabilidad pública, de esencia en el Sistema español, no está justificado ni legal ni doctrinalmente. Por el contrario, partiendo de que la regla general de la responsabilidad prestacional es la responsabilidad pública, el autor considera que la responsabilidad empresarial, privada y excepcional, a falta de un desarrollo reglamentario (no se han fijado los supuestos de imputación, ni su alcance y regulación del procedimiento para hacerla efectiva) será aplicable de forma limitada. Es decir, para ORDEIG FOS no existe la imputación de responsabilidad empresarial como regla general, porque esa regla la constituye la responsabilidad pública, sin perjuicio de las sanciones administrativas y de la recaudación de cuotas con los recargos correspondientes. Sin embargo, es consciente de que su teoría es contraria a la mantenida por la jurisprudencia, que recurre a la aplicación de los preceptos de la LSS de 1966, aunque en un primer momento el TCT y el TS se decantan por la responsabilidad pública y la no aplicación de aquellos preceptos. Véase *El sistema español de Seguridad Social*, Madrid, (Edersa), 2ª edición, 1986, pp. 232-236.

<sup>1306</sup> El alta y la cotización son causa del derecho a las prestaciones y en caso de faltar estas "debiendo haberse cumplido simplemente nos encontramos que sin causa (alta y cotización) no hay efecto (prestaciones)". Vid. AA.VV.: *Curso de Seguridad Social*, (Coord.: A. MONTOYA MELGAR), MADRID, (UCM-Servicio de Publicaciones), 2ª Edición, 2000, p. 396. Como el alta condiciona el derecho a las prestaciones y es el empresario quién está obligado en primer lugar a comunicar el alta a la TGSS consecuentemente será sujeto de imputación de responsabilidad de las prestaciones por incumplimiento. Es una consecuencia lógica según M. ALONSO OLEA, J.L. TORTUERO PLAZA. Vid. *Instituciones de Seguridad Social...cit.*, pg. 451.

Asimismo el Decreto de 13 de abril de 1961, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, reconocía la responsabilidad directa del empresario por falta de aseguramiento de la enfermedad profesional (“cuando la Empresa en que trabaje el afectado por enfermedad profesional no tuviera concertado el Seguro de Accidentes de Trabajo”).

Dicha norma le hacía responsable directo de todas las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional incluido el pago de la *prima única, coste de renta que deba satisfacerse al trabajador enfermo o a sus derechohabientes, cuya prima será ingresada por el empresario en la Caja Nacional con los recargos que para patrono no asegurado señala aquella legislación*<sup>1307</sup>. El empresario era igualmente responsable directo del pago de las prestaciones y de la prima señalada si se reclamaba por el trabajador o sus derechohabientes por vía judicial, si bien existía en ese caso la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía previsto en la legislación de accidentes de trabajo (art. 9 DEP)<sup>1308</sup>.

A mayor abundamiento el precepto legal referenciado hay que relacionarlo con el art. 41 del TLGSS, relativo a la responsabilidad en orden a las prestaciones de las Entidades Gestoras y de otras entidades

---

<sup>1307</sup> Con arreglo al art. 8 del RAT, el patrono no asegurado estaba sujeto a las sanciones correspondientes –recargo de demora aplicable a las liquidaciones de primas así como multas que oscilaban entre 400 y 4.000 ptas, según la importancia de la Empresa, de la infracción cometida, de las circunstancias de la misma y de sus consecuencias, sanciones previstas en los arts. 194 y ss.- junto a la imputación de responsabilidad directa de todas las prestaciones.

<sup>1308</sup> El Fondo de Garantía –suprimido por el RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre- era responsable subsidiario de las prestaciones pero el pago de la renta se efectuaba por el Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, que actuaba como ente gestor de los recursos económicos y, por ello, abonaba directamente esas cantidades, sin perjuicio de que después la Caja Nacional del Seguro reintegrase el pago de la renta efectuada por aquél. Para ello hay que tener en cuenta que el Fondo Compensador contaba con tres reservas: una especial, una general y una obligatoria. La primera iba destinada a suplir al Fondo de Garantía cuando fuera necesaria la reparación de siniestros por enfermedad profesional de trabajadores al servicio de patronos no asegurados e insolventes o asegurados en Entidades en período de liquidación sin activo suficiente al fin indicado. Dicha reserva se constituía con un tanto por ciento del importe total de la sobreprima cobrada por mayor riesgo de enfermedades profesionales (art. 10 DEP).

o personas, en virtud del cual se atribuye responsabilidad a las primeras siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las prestaciones<sup>1309</sup>, lo cual supone, a sensu contrario, la exención de responsabilidad de dicha entidad cuando no se hayan cumplido los requisitos generales y particulares por causa del incumplimiento empresarial de sus obligaciones de alta y cotización. Sin embargo, las responsabilidades de las entidades colaboradoras no aparecen determinadas en el art. 41, sino que se remite a las disposiciones legales y reglamentarias de desarrollo, en clara alusión a los arts. 126-127 TRLGSS, puesto que aquella remisión a las disposiciones de desarrollo y aplicación de la Ley no tiene sentido alguno por la situación vigente de ausencia de regulación reglamentaria de la responsabilidad en orden a las prestaciones.

Por consiguiente, ante la inexistencia de desarrollo reglamentario de la Ley, la jurisprudencia aplica los arts. 94, 95 y 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966, reguladores de la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones, al alcance de la misma así como al procedimiento para hacerla efectiva, respectivamente, aunque su aplicación resulte ser una cuestión criticable desde todos los puntos de vista<sup>1310</sup>.

---

<sup>1309</sup> El art. 41 se intitula "Responsabilidad en orden a las prestaciones" y establece en su apartado primero lo siguiente: "Las Entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas en las normas establecidas en el Título II de la presente Ley, por lo que respecta al Régimen General y a la modalidad no contributiva de las prestaciones, y en las específicas que sean aplicables a los distintos Regímenes Especiales".

<sup>1310</sup> Tal y como pone de manifiesto J. GARCÍA ORTEGA "La regulación de la responsabilidad empresarial en los mencionados artículos se caracteriza por ser *sumamente confusa* y por la existencia de múltiples lagunas que no han podido ser colmadas hasta ahora por la jurisprudencia. La confusión que la aplicación actual de los artículos de la LSS plantea radica en que no existe una clara proporcionalidad entre el grado de incumplimiento y la sanción, sino que más bien se tiene en cuenta el origen causal de la contingencia y las resultas o situaciones de necesidad que deban protegerse con las prestaciones". Ver Enciclopedia CISS, *Comentarios VI-Régimen General de Prestaciones y Responsabilidades*, p. 23. J. MUÑOZ MOLINA señala que "la propia casuística del tema desborda los preceptos de la Ley de 1966, por tratarse de una normativa confusa y con laguna. De ahí que la labor de la jurisprudencia en este tema resulte decisiva, habiéndose generado un gran número

El art. 94 de la LSS-96 establece en el párrafo 2º que el empresario es responsable de las prestaciones respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación por falta de afiliación o alta, "sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno derecho"<sup>1311</sup>.

---

de resoluciones judiciales creadoras de un complejo, y en ocasiones contradictorio, sistema de imputación de responsabilidad al empresario". Al respecto la autora da cuenta de la existencia un Proyecto de Reglamento sobre responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, que no pasó de borrador, presentado en el Consejo Económico y Social, el día 14-4-1995. En *Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Valencia, (Tirant lo Blanch), Colección laboral nº 83, 1999. Igualmente aluden a este proyecto de Real Decreto J.L. MONEREO, J.M. VIÑAS, en *Comentario a la Ley de Seguridad Social...cit.*, p. 1184. Para SEMPERE NAVARRO "La ausencia de una regulación sistemática y actualizada respecto de las responsabilidades que los diversos sujetos y entidades que actúan en el campo de la Seguridad Social posean en materia de prestaciones económicas viene propiciando la existencia de numerosas dudas y planteamiento de abundantes litigios". Véase asimismo la jurisprudencia que cita al respecto en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Seguridad Social...cit.*, pgs. 769-770

<sup>1311</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ coincide con la doctrina más autorizada (ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA) respecto a los efectos del alta presunta o de pleno derecho a los que alude el art. 125.3 TRLGSS, entendiendo que si existe aseguramiento, el asegurador (ya sea la Mutua o el INSS) responde inmediatamente de las prestaciones, sin perjuicio de repercutirlas contra el empresario que hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta. Sin embargo si no existe tal aseguramiento [o lo que es lo mismo hay falta total de seguro] el responsable directo es el empresario puesto que no hay posibilidad de identificación de asegurador que pueda responder. No obstante argumenta que existe una tesis distinta denominada "de interpretación progresiva", del principio de automaticidad que implica la "imputación directa de la responsabilidad en el pago a las entidades gestoras, colaboradoras y servicios comunes competentes, incluso en los supuestos de ausencia de afiliación, alta y cotización, con independencia de que dicha responsabilidad pueda y deba exigirse al empresario infractor, y la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios. Véase *Responsabilidad de las Mutuas...op. Cit.*, pg. 113. Para A. DESDENTADO BONETE la responsabilidad del empresario por falta del alta, con carácter general, no admite modulaciones, aunque se haya aplicado la moderación en supuestos excepcionales. Por consiguiente no está prevista la moderación del alcance de la responsabilidad por falta de alta a diferencia del supuesto de responsabilidad por falta de cotización, que podrá moderarse reglamentariamente. Vid. AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social...cit.*, pgs. 328-329. Tampoco se le exonera de responsabilidad en los supuestos de alta de oficio ya que la actuación

No obstante, pese a la responsabilidad directa del empresario, en virtud del citado principio de automaticidad de las prestaciones<sup>1312</sup>, la entidad gestora o colaboradora anticipa<sup>1313</sup> el pago de la prestación<sup>1314</sup> de la que es responsable el empresario<sup>1315</sup>, subrogándose en la posición del

---

inspectora no sirve para reconstituir la situación de alta a que está obligado el empresario. El alta presunta surte sus efectos sin perjuicio de la obligación del empresario de dar de alta al trabajador y de la responsabilidad administrativa que proceda y la que impone el pago de las prestaciones. Vid. M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M. VÍLCHEZ PORRAS: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 2ª edición, 2000, pgs. 184, 213.

<sup>1312</sup> Dicho principio puede operar solo o conjuntamente con el principio de alta presunta o de pleno derecho, ya que puede actuar en supuestos en los que es necesario haber cumplido el requisito del alta (viudedad, orfandad, incapacidad permanente derivada de enfermedad común, jubilación, incapacidad temporal derivada de riesgos comunes y maternidad). Sobre su aplicación véase M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M. VÍLCHEZ PORRAS : *Sistema de Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 2ª edición, 2000, pg.182.

<sup>1313</sup> Sobre el tema del anticipo en los supuestos de incumplimiento empresarial de las prestaciones económicas derivadas contingencias profesionales ha habido tres tesis, según J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, a saber: 1) exoneración de responsabilidad a la Mutua que no es responsable subsidiaria de las prestaciones económicas ni está obligada al anticipo, 2) la que considera que como no existe alta el INSS no es responsable *ni siquiera por vía de anticipación*, 3) acorde con la jurisprudencia más reciente, defiende la tesis de la obligación de anticipo por la Mutua en los supuestos de falta de alta, pese a la imputación de responsabilidad directa a la empresa. Vid. Op. Cit., pg. 115. Asimismo no siempre se ha admitido por la jurisprudencia el anticipo de prestaciones en los supuestos de contingencias profesionales, tal y como pone de manifiesto M. J. HERNÁNDEZ PÉREZ que recoge la evolución jurisprudencial acerca de la responsabilidad empresarial en *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Murcia, (Universidad de Murcia), 1994. Así el TCT mantenía una postura contraria como es la falta de anticipo de prestaciones en los supuestos de contingencias profesionales, ni por falta de alta ni por descubiertos en la cotización. Este criterio restrictivo utilizado tenía su fundamento en la existencia de un Fondo de Garantía. En un principio el TS recoge la jurisprudencia del TCT pero después se desmarca de esta postura. Puede verse en op. Cit. , pp. 179-180.

<sup>1314</sup> "Este principio de automaticidad o adelanto no significa que los sujetos no deban solicitar la prestación", según J.L. MONEREO PEREZ, J.M. VIÑAS. *Comentarios a la Ley General de Seguridad...*Op. CIT., p. 1188.

<sup>1315</sup> Como señalan ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA respecto a las prestaciones derivadas de aquellos riesgos a los que se les aplica el principio de alta de pleno derecho "la gestora atiende estas prestaciones aun en defecto de alta, dirigiendo su

trabajador, en orden a la reclamación de lo abonado al sujeto infractor (empresario), si bien la acción que le asiste a la Mutua por subrogación no es la misma que la propia del beneficiario como expone la STSJ de Madrid de 10-5-1999<sup>1316</sup>:

"aunque la Mutua se subroga en la posición del beneficiario para reintegrarse de las cantidades anticipadas, la acción que le asiste no es la misma del beneficiario, sino otra distinta que nace para restablecer el equilibrio patrimonial que ha perturbado la empleadora con su conducta ilegal consistente en el incumplimiento de la obligación del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, y en consecuencia el derecho que le asiste a la demandante para obtener el reintegro de las cantidades abonadas al beneficiario, en concepto de anticipo, no está sujeto al plazo de caducidad establecido en el art. 44.2 de la LGSS, sino al plazo de prescripción establecido en el art. 43.1 de la LGSS, el que sin duda es aplicable al caso, por ser plazo general de prescripción en materia de Seguridad Social, así reconocido en Sentencia del TS de 11-11-1998 (RJ 1998\9622), dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, de aquí la estimación del motivo y del recurso, por no afectarle la caducidad del derecho ni la prescripción de la acción)"<sup>1317</sup>.

---

acción de repetición contra el empresario". Cuando la entidad gestora sea responsable subsidiaria por incumplimiento empresarial, debe anticipar prestación aunque se trate de un empresario desaparecido o que no puede ser apremiado. Vid. *Instituciones...cit.*, pgs. 452, 454. A. V. SEMPERE NAVARRO considera que la doctrina del TS sobre el particular no contradice la conexión entre alta de pleno derecho y anticipo de las prestaciones por parte de la MATEPSS: "...la posición acogida por el Supremo no viene sino a poner un punto de racionalidad al efecto, pues sólo al obligar al anticipo de la prestación acaba siendo verosímil que el intérprete admita la virtualidad del *alta de pleno derecho*. La tesis del Supremo exige que haya anticipo de las prestaciones y que el mismo corra a cargo de quién esté gestionando la protección de las contingencias profesionales, normalmente una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales". En *AA.W.:Comentario a la Ley de Seguridad Social*, cit., pp. 754 y ss., especialmente p. 770. No obstante constata el autor la falta de claridad en la jurisprudencia en cuanto a la compatibilidad de aquella teoría del alta de pleno derecho y anticipo de prestaciones con el principio de proporcionalidad en la imputación de responsabilidades al empleador (*Op. Cit.*, p. 771).

<sup>1316</sup> Ar./2534. Ponente: E. DE LA FUENTE GONZÁLEZ.

<sup>1317</sup> Según la STS de 11-11-1998 [Ar./9622. Ponente: F. SALINAS MOLINA], el plazo de prescripción que dispone la MATEPSS para reintegrarse de la cantidad anticipada es de cinco años, frente a la empresa incumplidora y ante su insolvencia, frente al INSS. Sobre este tema véase A. V. SEMPERE NAVARRO, en *op. Cit.*, pgs. 773-774.

La doctrina del TS sobre el anticipo de las prestaciones se basa en el interés público del sistema de protección social, que se cumple con el principio de automaticidad de las prestaciones, tal y como se desprende de la Sentencia de 21-2-2000<sup>1318</sup>.

CUARTO.- [...] Como ha señalado la sentencia de 17 de marzo de 1999, siguiendo la doctrina de la Sala General en su sentencia de 8 de mayo de 1997, la regla del número 2 del art. 126 de la LGSS «sobre responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada casualmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. El empresario está obligado a reparar ese perjuicio y por ello debe responder, aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad anticipe el pago de la prestación con el principio de automaticidad».

Si el empresario resulta ser insolvente [debe acreditarse la insolvencia, pues no basta el mero incumplimiento por parte de la empresa de su obligación del pago de la prestación para solicitar su reintegro al Fondo de Garantía, según la jurisprudencia del TS<sup>1319</sup>] la entidad aseguradora puede reclamar del INSS como sucesor de las responsabilidades del citado Fondo<sup>1320</sup>, en virtud de lo dispuesto en el art. 96.4 LSS-1966<sup>1321</sup>.

---

<sup>1318</sup> Ar./2058. Ponente: J. GONZÁLEZ PEÑA.

<sup>1319</sup> STS 21-12-1994, Ar./10347. Ponente: A. SOMALO JIMÉNEZ. STS 22-4-1994, Ar./3271. Ponente: B. VARELA AUTRAN, STS 10-5-1993, Ar./4965. Ponente: L. BRIS MONTES.

<sup>1320</sup> Con arreglo al art. 124 del RAT el Fondo de Garantía tenía por finalidad "sustituir las obligaciones de los patronos no asegurados que no las cumplan, sin perjuicio de resarcirse de su importe a costa de los mismos, cuando no sean insolventes, y responder de la insolvencia de las Entidades Aseguradoras".) quedó extinguido en virtud de la Disposición Final del RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el empleo, si bien se integra en el INSS, que asume sus funciones y por tanto debe garantizar estas situaciones de insolvencia.

<sup>1321</sup> El citado precepto dispone que "en los casos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, cuando el empresario o empresarios responsables y, en los supuestos del artículo 97, las personas obligadas a responder con ellos, o, en su caso, la Mutua Patronal que hubiere asumido el riesgo, resultaren insolventes, el

Se trata de una norma específica aplicable a supuestos muy concretos<sup>1322</sup>, entre los que se encuentra la enfermedad profesional, dirigida a asegurar la protección del trabajador beneficiario de una prestación de enfermedad profesional reconocida, de modo que aquél no pueda verse perjudicado por la situación de insolvencia de los sujetos responsables del pago de la prestación.

La jurisprudencia ha tenido que integrar el vacío normativo existente sobre los supuestos en los que se anticipa la prestación, aplicando dicho principio con carácter expansivo<sup>1323</sup>. La Sentencia de 29

---

trabajador y sus derechohabientes podrán hacer efectivos sus derechos a las prestaciones de todo orden derivadas de incapacidad laboral transitoria, invalidez permanente o muerte, con cargo al oportuno Fondo de Garantía. Este Fondo se resarcirá del responsable por el procedimiento ejecutivo que se regulará en las disposiciones de aplicación y desarrollo de la presente Ley". Este último párrafo se refería al procedimiento de apremio establecido en el art. 129 del RAT (en el Capítulo VII dedicado al Fondo de Garantía) según el cual "de los gastos ocasionados al Fondo de Garantía con ocasión de las obligaciones que le imponen los precedentes artículos de este capítulo se resarcirá por la vía de apremio con cargo a quienes les fueren imputables, mediante el ejercicio con tal motivo por la Caja Nacional, como organismo gestor de dicho Fondo, de los derechos y acciones reconocidos al trabajador víctima del accidente".

<sup>1322</sup> Esta norma es aplicable asimismo a las prestaciones causadas en caso de invalidez permanente derivadas de accidente no laboral (art.94.5 LSS-1966).

<sup>1323</sup> La doctrina ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la deficiente regulación del materia y por consiguiente la necesidad de llenar el vacío legislativo por los órganos juzgadores. Así J. GARCÍA ORTEGA en *Comentarios sobre el Régimen General de las Prestaciones y Responsabilidades*, Enciclopedia CISS, pgs. 35-36. Por su parte, J.M. MONEREO PEREZ, J.M. VIÑAS señalan al respecto que "la determinación de los supuestos en los que procede este adelanto no están precisados en la ley, y la previsión incumplida del desarrollo reglamentario del principio hace necesario a la aplicación supletoria de los artículos 94, 95 y 96 de la LSS de 1966 (STS de 22-4-1994, Ar.3271), aunque con dificultades puesto que tales preceptos no recogían con la fuerza que hoy se recoge el principio de automaticidad". El anticipo de la prestación depende, en último término, de la contingencia determinante y del cumplimiento o incumplimiento de uno u otro requisito (alta o cotización), tal y como reflejan los autores, Op. Cit., p. 1188-1189.

de diciembre de 1998<sup>1324</sup> del TS condensa la doctrina sobre el particular<sup>1325</sup>:

SEGUNDO.- [...] Como recuerda otra Sentencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1995, el complejo cuadro de responsabilidades que surge en los supuestos de falta de afiliación, alta o cotización está compuesto de los siguientes elementos: 1) el empresario incumplidor de estos deberes es, en principio, el «responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente»; 2) «la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tiene obligación de anticipar de manera inmediata el pago de tales prestaciones al accidentado, si el empresario responsable directo no lo hace»; 3) «subsiste la responsabilidad indirecta de garantía de las prestaciones a cargo de la entidad gestora, para el supuesto de insolvencia del sujeto responsable de las mismas, sea la empresa sea la mutua patronal»; y 4) «el anticipo de prestaciones por parte de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales subroga en su caso a ésta en los derechos del accidentado tanto frente al empresario responsable directo, como frente al INSS responsable por vía de garantía».

Asimismo el requisito de la insolvencia es objeto de una interpretación más acorde con el principio de automaticidad de las prestaciones y anticipo por la jurisprudencia del TS que en reciente Sentencia de 21-2-2000 citada pone de manifiesto la necesidad de interpretar el supuesto de insolvencia de forma flexible permitiendo la acción de reintegro cuando exista una suspensión de pagos de la

---

<sup>1324</sup> Ar./450. Ponente: A. MARTÍN VALVERDE.

<sup>1325</sup> Otras SSTs sobre el anticipo de prestaciones: 30-1-1993 [Ar./388. Ponente: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ], 15-10-1993 [Ar./8052. Ponente: F. DE LAS CUEVAS GONZÁLEZ], 11-7-1994 [Ar.6548/.Ponente: J. GARCÍA-MURGA VÁZQUEZ], 11-12-1995 [Ar./9086. Ponente: V. FUENTES LÓPEZ], 12-12-1996 [Ar./9646. Ponente: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ], 15-12-1997 [Ar./9317. Ponente: M. SAMPEDRO CORRAL], todas ellas sobre el anticipo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Por parte de los TSJ véanse las siguientes: STSJ Galicia de 23-7-1999 [Ar./5710. Ponente: A. J. OUTEIRIÑO FUENTE], STSJ Madrid 10-5-1999 [Ar./2534. Ponente: E. DE LA FUENTE GONZÁLEZ], STSJ 21-4-99 de Castilla La Mancha [(Ponente: J. MONTIEL GONZÁLEZ], STSJ Aragón de 28-10-1998 [Ar./6617. Ponente: J. PIQUERAS GAYO], que aplican la doctrina del TS de anticipo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por la Mutua ante la responsabilidad directa del empresario por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización. La misma doctrina es aplicable cuando se trata de una enfermedad profesional por el origen común de ambas contingencias.

empresa, sin haber una declaración de insolvencia todavía del empresario<sup>1326</sup>. La justificación a esta interpretación menos rígida del requisito de la insolvencia reside en la dificultad que tiene la entidad colaboradora, la Mutua para conseguir la declaración de insolvencia del empresario, que se hará por vía judicial o administrativa por el sujeto legitimado (TGSS)<sup>1327</sup>.

---

<sup>1326</sup> FD Quinto.- [...] "Ahora bien esta acción frente al INSS y la Tesorería se establece para los supuestos de anticipo de la Mutua colaboradora por la responsabilidad directa de la empresa y por su insolvencia, y es aquí como ya hemos indicado donde se produce la disparidad de soluciones por una diferente valoración de situaciones. El artículo 94.4, de la LGSS del 21 de abril de 1966, contempla la obligación subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidente de Trabajo, cuando las personas obligadas a responder resultaran insolventes, en cuyo supuesto el referido Fondo se resarcirá del responsable por el procedimiento ejecutivo que se regulará en las disposiciones de aplicación y desarrollo de la ley. Hay que destacar que el precepto no exige con carácter previo una declaración de insolvencia pues habla de personas que resulten insolventes. Insolvente es quien no tiene con qué pagar sus deudas, e insolvencia es la incapacidad para pagarlas, como señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. A esta definición se atiene el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores cuando establece la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en los supuestos de suspensión de pagos, y se puede aplicar por analogía al supuesto litigioso".

<sup>1327</sup> FD QUINTO.- [...] Esa declaración, que le exige a la parte actora la recurrente, haría ineficaz el principio de automaticidad en las prestaciones al dejar indefensa a la Entidad colaboradora que las anticipó, pues no se puede soslayar el que la titularidad de la gestión recaudatoria y en consecuencia la posible legitimación en los procesos corresponde a la Tesorería, como señalan el artículo 18 de la LGSS y los artículos 6 al 10 del Reglamento General de Recaudación. La declaración de insolvencia en el ámbito jurisdiccional social, es propia del correspondiente procedimiento de ejecución que está vedado para la Mutua ya que la legitimación para reclamar las deudas a la Seguridad Social, como indicamos, corresponde a la Tesorería. La entidad colaboradora no puede en un procedimiento ordinario ejercitar la acción declarativa para obtener de manera autónoma del órgano Jurisdiccional esa manifestación sobre la imposibilidad de pagar sus deudas y en cualquier proceso de esta naturaleza tendría que intervenir la Entidad Gestora. Quien colabora únicamente tiene la posibilidad de ejercitar la acción de reintegro frente al INSS, por haberse subrogado en los derechos y obligaciones del trabajador al cumplir su obligación de anticipo por la automaticidad de las prestaciones, y en ese procedimiento esa declaración de insolvencia no se puede obtener de manera autónoma, pues la incapacidad para pagar una deuda se ha de acreditar como presupuesto de una acción de condena. También puede alcanzarse la declaración de insolvencia en el correspondiente procedimiento administrativo especial de apremio. Pero la posibilidad de ejercitarlo a efectos de resarcimiento única y exclusivamente se

### 7.2.3. Incumplimiento de la obligación de cotización

#### a) La cotización por enfermedades profesionales: características.

Respecto a la obligación de cotización del empresario por contingencias profesionales, hay que tener en cuenta que el tratamiento es idéntico al que brinda la legislación de Seguridad Social al accidente de trabajo ya que la cotización se refiere a ambos riesgos profesionales por igual<sup>1328</sup>. En este sentido existe una tarifa de primas por accidentes y

---

establecía en el número 3º del artículo 96 en beneficio de las Entidades Gestoras, y en el número 4º a favor del Fondo de Garantía. Esta tendencia de exclusión de las Mutuas se mantienen en los Reglamentos de Recaudación, ya que inicialmente el control tanto de los ingresos como de su falta se atribuía inicialmente al INP de acuerdo con la Orden del 28 de diciembre de 1966, y posteriormente a favor de la Tesorería como se desprende de la lectura de los RD 1258/1987, 1517/1991 y 1637/1995. Es decir, si se exige una declaración previa de insolvencia, cuestión que se admite a efectos dialécticos, en vía jurisdiccional únicamente puede alcanzarse en el procedimiento ejecutivo, y en vía administrativa esa declaración de insolvencia corresponde precisamente a la Tesorería pues como señalan los artículos 32 del RD 1517/1991, y 33 del RD 1637/1995, para el cobro de todos los créditos vencidos y no satisfechos, entre los que se incluyen las cuotas debidas a la Seguridad Social, la Tesorería de la misma seguirá su propio procedimiento de apremio. Si el recurrido se ampara en la exigencia de esa declaración cuando menos que adopta una postura incongruente, como ya señaló esta Sala en su sentencia de 7-10-1999. Toda la normativa que estuvo en vigor desde que se publicó el Texto Refundido Primero de la Ley General de la Seguridad Social, impuso una obligación de celeridad en esta materia, y así por ejemplo, el Reglamento de Recaudación del RD 1517/1991, y el aprobado por el RD 1637/1995, se imponen al INSS, en los artículos 86 y 89 respectivamente, manteniendo los mismos criterios que en el Reglamento General aprobado por el RD 716/1986, la obligación de comunicar su resolución a la Tesorería, para que ésta iniciara el procedimiento recaudador, obligación que indudablemente se incumplió en el caso que nos ocupa: a) La declaración de insolvencia del patrono que el INSS exige a la Mutua, tiene en esos Reglamentos un procedimiento específico distinto del recaudatorio, sin que se norme en los mismos un procedimiento especial para la acción de reintegro, y b) Esa abulia en su actuación, que constituiría a la Tesorería en juez y parte, olvida que la Mutua Aseguradora no tiene que soportar más obligación que la del anticipo, y que esta entrega no exime a las Entidades Gestoras del cumplimiento de sus obligaciones en la ejecución."

<sup>1328</sup> A mayor abundamiento el empresario cotiza de forma exclusiva por los riesgos profesionales, excluyendo la ley al trabajador de la cotización para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional (art. 103.3 TRLGSS, art. 22.3

enfermedades profesionales por los que las empresas deben cotizar “en función de los porcentajes que consten, respecto de cada epígrafe aplicable al trabajo que describe, en la tarifa de primas vigente y que tendrán, a todos los efectos, la condición de cuotas de la Seguridad Social pudiendo ser diferentes para las distintas actividades, industrias y tareas<sup>1329</sup>, sin perjuicio de lo dispuesto en este Reglamento sobre la cotización por estas contingencias respecto de los trabajadores por cuenta propia” (art. 11 RCGL).

Ciertamente la finalidad última de la cotización exclusiva por el empresario por contingencias profesionales no es simplemente la de cubrir la reparación del accidente o enfermedad profesional, una vez acaecido, sino también la de motivar la prevención de los riesgos profesionales, tal y como se deduce de la literalidad de la norma. Así el

---

RGCL), siguiendo el tradicional esquema de aseguramiento y cotización por esos riesgos (el art. 80 del RAT, como antecedente más inmediato del sistema vigente, establecía que las primas del Seguro de Accidentes de Trabajo iban a cargo exclusivo del patrono, siendo nulo cualquier pacto por el cual el trabajador asegurado pagase parte de esa prima) y cuya finalidad última es la de motivar la prevención por parte del empresario de los accidentes y enfermedades laborales. La utilización de la palabra “primas” es también fruto de la tradición histórico-legislativa protectora de los riesgos profesionales —el RAT (art. 8) y el Decreto de 1961 (art. 9) aluden a la responsabilidad empresarial por falta de pago de las primas—, si bien las primas correspondientes a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional tienen las mismas características y régimen jurídico que las demás cuotas de la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto en el art. 17 TRLGSS. La obligación legal se constituye automáticamente y su eficacia se asegura a través del procedimiento de recaudación previsto en la ley. Sobre la distinción entre cuotas y primas en materia de contingencias profesionales, véase, el comentario sobre las primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a cargo de N. MORENO VIDA en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...cit*, pgs. 300-303.

<sup>1329</sup> Este sistema de cotización (sistema de primas), de carácter variable, dependiente de la industria o actividad se diferencia de la cotización por contingencias comunes, en la que se tiene en cuenta el salario y la categoría profesional del trabajador (bases mínimas y máximas fijadas anualmente en las Ordenes de Cotización que depende del grupo profesional en el que se encuadra el trabajador). La modificación de los epígrafes o su reclasificación requiere una autorización de la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social (según el art. 9 de la OM de 2-4-1984, sobre colaboración de las MATEPSS). Ver al respecto los comentarios al art. 108 del TRLGSS a cargo de N. MORENO VIDA en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...cit*, pgs. 1059-1064.

art. 108.1 explícitamente reconoce que en el cálculo de las mencionadas tarifas se integra no sólo el cómputo del coste de las prestaciones sino también “las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores”. De hecho esa idea de prevención de los riesgos profesionales está presente en la imposición de primas adicionales y en el aumento o reducción de las existentes.

La tarifa es común para el riesgo de accidente de trabajo y enfermedad profesional si bien está pensada para prevenir los accidentes de trabajo por encima de la enfermedad profesional, teniendo en cuenta que las tarifas más altas van asociadas a las actividades con riesgos más graves de accidentes de trabajo como por ejemplo el empleo de cohetes y cañones granífugos (epígrafe 23, al que le corresponde un 18,00 como tarifa), la fabricación de explosivos (epígrafe 69, tarifa 12,50) o la actividad del personal de vuelo de las Empresas de aviación y aeronáutica (epígrafe 112, tarifa del 15,00). No obstante en la extracción y transformación de minerales no energéticos en canteras de arenisca y otras piezas calcáreas y no calcáreas, para la construcción en granito, mármol y pizarra y canteras de caliza, yeso y margas de cemento la tarifa aplicable es del 12.50 y puede estar asociada a un tipo de enfermedad profesional como la neumoconiosis<sup>1330</sup>.

Uno de los inconvenientes de la aplicación de las tarifas de primas únicas por actividad constituye, como señalan A. DESDENTADO BONETE, M. NOGUEIRA GUASTAVINO, que sólo se tiene en cuenta la siniestralidad global de la actividad pero no la de cada empresa: “dentro de la actividad se trata igual a la empresa que invierte en prevención a la que no invierte, con lo que está en realidad incentivando a esta última, aunque también existe un sistema de intervención normativa en materia

---

<sup>1330</sup> Por otro lado las tarifas más bajas se corresponden con las actividades del personal directivo y técnico en trabajos exclusivos de oficina y empleados de oficina en general, personal subalterno en oficinas y establecimientos mercantiles (epígrafe 113, tarifa 1.10), personal laboral de talleres de confección de trajes y gabardinas, ropa interior, confección en serie, fabricación de sombreros de paja, fieltro y gorras, fabricación de corbatas, guantes, etc., (epígrafe 86, tarifa 1.00) o la tarifa aplicable a la tripulación paralizada en puertos (epígrafe 56, tarifa 1.40).

de riesgos laborales con sanciones punitivas bastante amplias, que tiene la función de producir un incentivo en sentido contrario"<sup>1331</sup>.

Ciertamente junto a estos porcentajes<sup>1332</sup> la ley prevé la fijación de unas primas adicionales<sup>1333</sup> a la cotización de accidentes de trabajo que el Gobierno puede establecer para las empresas que ofrezcan riesgo de enfermedades profesionales, en función de la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y de la eficacia de los medios de prevención aplicados<sup>1334</sup>, sin que la diversificación pueda suponer la "exoneración de unas empresas y la asunción por otras del importe total de dichas primas adicionales" (art. 11.2 RGCL). Es decir, no se puede penalizar a determinadas empresas en beneficio de otras que a priori parece que no presentan riesgos de enfermedades profesionales tan graves o que gozan de medios de protección adecuados para corregirlos. Sin perjuicio de lo dicho, en la actualidad no existen esas primas adicionales que ya

---

<sup>1331</sup> La tarifa única de primas por actividad está actuando como un seguro imperfecto, advierten los autores, ya que "el coste igual dentro de cada actividad hace que la decisión económica más racional sea ahorrar en prevención, especialmente si no actúan con suficiente eficacia los mecanismos disuasorios de orden punitivo". De ahí que los autores propongan como alternativa un sistema de primas individualizadas en función de la siniestralidad, que permitiría eliminar o reducir el incentivo a la falta de prevención, si bien esta medida debería completarse con otras que permitieran aproximar la reparación al daño efectivo. De esta suerte, las prestaciones sanitarias y compensaciones limitadas a la sustitución de rentas deberían asignarse a la esfera de la responsabilidad objetiva y el resto a la responsabilidad por culpa (que incluiría las compensaciones efectivas de las limitaciones anatómicas y fisiológicas, de los daños estético y morales. En "Las transformaciones del accidente de trabajo en la Ley y la jurisprudencia (1900-2000): revisión crítica y propuesta de reforma", *RMTAS*, nº 24, 2000, pgs. 31-66, concretamente pgs. 63-66.

<sup>1332</sup> Conviene tener en cuenta que los porcentajes establecidos se integran por los correspondientes a la cobertura de incapacidad temporal (ILT) y a las prestaciones de invalidez, muerte y supervivencia (IMS).

<sup>1333</sup> Previstas en el art. 108.2 del TRLGSS: "De igual forma se podrán establecer, para las empresas que ofrezcan riesgos de enfermedades profesionales, primas adicionales a la cotización de accidentes de trabajo, en relación con la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y a la eficacia de los medios de prevención empleados".

<sup>1334</sup> El art. 72.2. del Decreto 907/1966, de 21 de abril del Ministerio de Trabajo por el que se aprueba el Texto Articulado Primero de la Ley 193/1963, 28-12 sobre Bases de la Seguridad Social establecía tal posibilidad.

reconocía en su momento el DEP<sup>1335</sup>, porque fueron suprimidas por Decreto 1875/1968 de 27 de julio<sup>1336</sup>.

Otra de las peculiaridades en materia de cotización, igualmente aplicable a la enfermedad profesional como al accidente de trabajo se refiere a la posibilidad de reducir o aumentar las tarifas de primas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el supuesto de empresas que se distingan en el empleo de medios eficaces de prevención o bien que incumplan sus obligaciones en materia de seguridad e higiene (art. 11.3 RGCL, art. 108 TRLGSS<sup>1337</sup>). La reducción<sup>1338</sup> no puede exceder del 10 por 100 de la cuantía de las primas respectivas, si bien el aumento puede llegar hasta un 20 por 100, en caso de reiterado incumplimiento de las aludidas obligaciones, si bien en la práctica no se ha utilizado esta posibilidad<sup>1339</sup>.

---

<sup>1335</sup> El art. 6 del Decreto de 13 de abril de 1961 sobre enfermedades profesionales instaba al Ministerio de Trabajo a revisar las tarifas mínimas aplicables a las pólizas del Seguro de aquellas empresas con riesgo de enfermedades profesionales, o peligro notorio de accidente de trabajo, "proporcionalmente a la peligrosidad de la industria o Empresa a que se refiera la póliza y a la eficacia de los medios preventivos empleados". En desarrollo de este precepto se dicta una Orden Ministerial de 6 de agosto de 1963 (BOE 31-8), que estableció una sobreprima en las pólizas del Seguro de Accidentes de Trabajo.

<sup>1336</sup> BOE 14-8. Deroga el art. 2 del Decreto 3156/1966, de 23 de diciembre (BOE 30-12), por el que se establecieron primas adicionales para la cotización por enfermedades profesionales, tomando para ello las conocidas como *sobreprimas* que contenía la citada Orden 6-8-1963.

<sup>1337</sup> El texto del art. 72.2 de la LSS de 1966 coincide con lo dispuesto en el apartado tercero del art. 108 vigente.

<sup>1338</sup> El art. 22 del DEP permitía la solicitud al entonces Ministerio de Trabajo de la reducción de las primas mínimas por parte de las empresas que demostrasen haber adoptado y mantenido medidas eficaces de prevención técnica y médica.

<sup>1339</sup> A. DESDENTADO BONETE, M. NOGUEIRA GUASTAVINO señalan que los preceptos del TRLGSS sobre aumento o reducción de la cuantía de primas en función del empleo de medidas eficaces de prevención "no han tenido aplicación práctica y es difícil que lo sean dada la complejidad de su gestión que está en función de la actividad sancionadora de la Administración y no del nivel de siniestralidad real de las empresas". En "Las transformaciones del accidente de trabajo en la Ley y la jurisprudencia (1900-2000)...cit., pg. 63.

A mayor abundamiento hay que tener en cuenta que el Reglamento citado deroga el anexo 2, que contenía normas para la aplicación de la tarifa de primas en la agricultura y ganadería<sup>1340</sup> del RD 2930/1979, 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>1341</sup>.

#### b) Incumplimiento de la obligación de cotización

En materia de cotización se pueden dar múltiples situaciones de incumplimiento<sup>1342</sup>, a saber: falta de cotización de trabajadores no dados de alta (ausencia de alta y de cotización), descubiertos de cotización (supone que el trabajador está en alta pero se ha incumplido la obligación de cotizar) que pueden ser de carácter total y prolongado, descubiertos de cotización esporádicos u ocasionales, descubiertos de cotización parciales que afectan al periodo de carencia, descubiertos y cotización a destiempo<sup>1343</sup>, infracotización o infraseguro<sup>1344</sup>, que han sido

---

<sup>1340</sup> Dicha materia en la actualidad se regula en los arts. 36 a 42 del RGCL.

<sup>1341</sup> La última revisión data de 1979 (tarifa de primas contenida con anterioridad en un Decreto 2343/1967, de 21-9. BOE 30-9), no obstante en el RD 1993/1995, 7-12 (Reglamento de Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social), DF 3ª se hace alusión a una futura revisión de las tarifas de primas, que reitera la DA 17ª de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en estos términos: "Con el objeto de incentivar la prevención de riesgos laborales y de contribuir a la reducción de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el Gobierno establecerá, en el plazo de un año, una nueva tarifa para el seguro de accidentes de trabajo, en la que se contemplen factores y resultados en base a los cuales se fijen las cuotas. En atención a aquellos, las cuotas que, por aplicación de dicha tarifa, se establezcan con el carácter de básicas, podrán reducirse o incrementarse". Sin embargo, todavía no se ha procedido a realizar esa revisión anunciada.

<sup>1342</sup> Como señalan L.E DE LA VILLA, A. DESDENTADO BONETE el cumplimiento de la obligación de cotizar se realiza mediante el pago de las cuotas devengadas, que podrá realizarse voluntariamente por el sujeto obligado o coactivamente, en vía de apremio. En *Manual de Seguridad Social...cit.*, pgs. 302 y ss.

<sup>1343</sup> Alguna jurisprudencia del TS admite la exoneración de responsabilidad cuando las cotizaciones son posteriores al alta pero anteriores al hecho causante: STS 1-6-1994 [Ar./5399], 27-2-1996 [Ar./1511].

resueltos por la jurisprudencia, dando lugar a diferentes soluciones según el alcance y la gravedad de la infracción<sup>1345</sup>.

Ciertamente la jurisprudencia ha tenido que realizar una labor de integración de la normativa, a falta de desarrollo reglamentario, interpretando de forma flexible los diversos incumplimientos en materia de cotización, según la extensión de la falta de cotización, la voluntariedad del sujeto infractor, en definitiva aplicando el principio de proporcionalidad entre la infracción cometida (descubierto total, parcial, prolongado, esporádico, etc.) y la sanción. De esta suerte el simple

---

<sup>1344</sup> Se trata de cotización con arreglo a una base inferior a la que corresponde al trabajador. Según la doctrina y la jurisprudencia es aplicable a esta situación la regla de responsabilidad directa de las prestaciones por parte del empresario, estando obligada la Mutua a anticipar al trabajador el importe de las prestaciones con derecho a subrogarse en los derechos del trabajador. La mutua anticipa la prestación sin perjuicio de su derecho de repetir contra la empresa infractora. Sobre el particular Vid. J.A. MARTÍNEZ LUCAS, *Responsabilidad en orden a las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, Colección Doctrina y Jurisprudencia, (La Ley-Actualidad), 1996, pgs. 162-163 y la jurisprudencia que cita. Sin embargo según J.L. MONEREO PEREZ, J.M. VIÑAS existe una distribución de responsabilidad entre la Entidad Gestora o colaboradora y el empresario en caso de infracotización (cotizaciones realizadas por la empresa por una base inferior a la procedente), debiendo la empresa responder por la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada y la cuantía de la prestación correspondiente a las cuotas ingresadas, si bien no es posible dicho reparto de responsabilidad cuando el incumplimiento determina no haber podido completar el periodo de carencia necesario para acceder a una determinada prestación. Vid. Op. Cit., p. 1186.

<sup>1345</sup> El incumplimiento de la obligación de cotización da lugar a dos tipos de responsabilidades del empresario: a la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones y a la obligación de ingresar las cuotas con el recargo correspondiente. Esta doble responsabilidad se desprende de la lectura de los preceptos de la LSS de 1966 (art. 92.3, 94.2 b), según M. ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA. El derecho de repetición, en caso de anticipo de prestaciones por la entidad gestora, ya sea en los casos de automaticidad absoluta (caso de la enfermedad profesional) o en casos de automaticidad relativa (que exigen que el trabajador esté afiliado y en alta en el momento del hecho causante aunque no se haya cotizado) es independiente del derecho a exigir el pago de las cuotas. En *Instituciones de Seguridad Social...cit.*, pgs. 490-491. Para A. DESDENTADO BONETE puede distinguirse entre prestaciones con un régimen de automaticidad absoluta o completa, prestaciones con un régimen de automaticidad relativa y de prestaciones con garantía frente a la insolvencia del empresario responsable. Vid. AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social...cit.*, pgs. 330-331.

retraso en el ingreso de las cuotas o el mero descubierto ocasional o esporádico, de corta duración no puede suponer un motivo de asunción de responsabilidad. La responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación legal de cotización debe fundarse en una voluntad infractora nítida y persistente según la Sentencia del TS 29-5-1997<sup>1346</sup>, aplicando los principios del derecho de la responsabilidad por daños:<sup>1347</sup>

*TERCERO.*-La responsabilidad directa del empresario de las prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización está prevista en términos muy generales en el art. 96.2 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, hoy art. 126.2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social de 1994. Los términos de estos preceptos no han sido precisados hasta ahora, mediante las oportunas normas complementarias o de desarrollo, en lo concerniente a supuestos de imputación, alcance de la responsabilidad y procedimiento para su exigencia. Se ha dado lugar así, como ha dicho esta Sala del Tribunal Supremo, a una «infinidad de problemas en penumbra», que la jurisprudencia ha venido resolviendo mediante el recurso provisional a la normativa de Seguridad Social anterior a 1974 y la apelación a los principios del derecho de la responsabilidad por daños (STS Soc. 21 abril 1986, 10 octubre 1986, 29 octubre 1988 y 28 septiembre 1994). Uno de los principios del derecho de la responsabilidad por daños que la jurisprudencia tiene en cuenta para la atribución al empresario de la responsabilidad directa de prestaciones es el de proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el «trascendental resultado de imputar la íntegra responsabilidad en orden a las prestaciones a la empresa» (STS Soc. 31 mayo 1980). A este mismo criterio de proporcionalidad recurren también otras sentencias de la propia Sala (entre otras, STS Soc. 21 abril 1986 y 28 septiembre 1994). Otro de los principios del derecho de la responsabilidad por daños es el de ponderación de la voluntad del agente, al menos cuando la responsabilidad imputada tiene, como sucede

---

<sup>1346</sup> Ar./4472. Ponente: A. MARTÍN VALVERDE.

<sup>1347</sup> La doctrina del TS de aplicar el criterio de proporcionalidad, es decir, de valorar en cada caso el perjuicio experimentado por el beneficiario a causa del incumplimiento empresarial, es admitida por la doctrina científica. Ver. J. L. MONEREO PEREZ, J. M. VIÑAS, en *Comentarios a la Ley...cit.*, p. 1186. Efectivamente la jurisprudencia utiliza las técnicas del Derecho de Daños que incluye los principios de proporcionalidad y ponderación de la voluntad del agente. La aplicación de dichos principios supone que "si el incumplimiento empresarial no perjudica al beneficiario (esto es, no le impide cumplir el período previo de cotización) no debe determinar responsabilidad prestacional, sin perjuicio de la recaudación de cuotas y sanción administrativa". En AA.VV.: *Curso de Seguridad Social...cit.*, p. 399.

en los supuestos de la responsabilidad empresarial directa de prestaciones de Seguridad Social, un componente sancionador de conductas de incumplimiento de quién colabora en los procedimientos aseguratorios pero no es el responsable de la acción protectora. De acuerdo con este principio se ha exigido en una reciente sentencia (STS Soc. 27 febrero) que la voluntad de incumplimiento empresarial sea nítida y persistente, y no provenga de un error jurídico excusable."

Trasladando este esquema al ámbito de la enfermedad profesional implica que la cotización por un epígrafe inadecuado de los establecidos en la tarifa de primas vigente se incluye en el supuesto de infracotización, dada la obligación del empresario de cotizar por la tarifa correspondiente<sup>1348</sup>, y por consiguiente, el empresario es responsable por la diferencia de cotización, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y ponderación de la voluntad infractora del empresario<sup>1349 1350</sup>.

---

<sup>1348</sup> El empresario no queda exonerado de responsabilidad, debiendo cotizar por la tarifa correspondiente incluso con recargos, levantándose la correspondiente Acta de Liquidación (SSTS 20-2-1990, 20-6-1995, 24-5-1996, 28-5-1996. Ar./10174, 4665, 5176, 4489, 4500, respectivamente) V. N. MORENO VIDA, *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...cit*, pg. 1061. No obstante es posible que se le condene el recargo por mora, si el empresario procedió de buena fe. Vid. M. ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad ...cit.*, p. 493.

<sup>1349</sup> Así por ejemplo la cotización por una base inferior a la correspondiente establecida en convenio colectivo aplicable sin voluntad de aplicar lo dispuesto en el convenio supone la imputación de responsabilidad a la empresa por la diferencia de cotización resultante, según STS] Cataluña de 23-7-1999 [Ar./6500. Ponente: J. L. ESCUDERO ALONSO]. Según la doctrina de la Sala los supuestos jurisprudenciales en los que se suaviza la responsabilidad empresarial son los descubiertos ocasionales de cotización que afectan a la totalidad de la plantilla de la empresa, dada su mala marcha económica, supuestos en que la empresa con anterioridad al hecho causante de la prestación subsana el defecto de cotización previamente existente, supuestos en los que existe una duda razonable sobre cuál sea el salario del trabajador dependiendo de su categoría profesional, antigüedad, Convenio Colectivo aplicable, etc., como también sucede cuando hay atrasos de Convenio por aplicación retroactiva del mismo, supuestos, estos últimos, en los cuales la empresa tiene plazo hasta el último día del mes natural siguiente a cuando se declaran dichas diferencias para efectuar las cotizaciones adeudadas mediante la oportuna cotización complementaria. Según A. DESDENTADO BONETE, Magistrado del Tribunal Supremo, normalmente el supuesto de responsabilidad por infracotización no es objeto de moderación (STS 29-9-1988, Ar./7418).

No obstante se plantea cual es la consecuencia jurídica del incumplimiento empresarial de cotizar cuando la cotización no determina el acceso a la prestación. Dicho de otro modo, la incidencia de la conducta infractora del empresario no será igual en caso de condicionar el acceso a la prestación al cumplimiento de un período previo de cotización. Esta cuestión tiene relevancia especialmente en materia de enfermedad profesional, puesto que aunque se incumpla la obligación de cotización el trabajador accede a las prestaciones.

La jurisprudencia a la hora de imputar responsabilidad viene considerando si el incumplimiento empresarial de cotización afecta al período de carencia exigido, de modo que si el descubierto de cotización no afecta a ese requisito de acceso queda exonerado el empresario, imputando responsabilidad a la entidad gestora. Ello quiere decir que si la infracción de la obligación de cotizar no perjudica al beneficiario no determina la imputación de responsabilidad en cuanto a las prestaciones<sup>1351</sup>, sin perjuicio de la recaudación de las cuotas y de la imposición de la sanción administrativa correspondiente<sup>1352</sup>.

<sup>1350</sup> En ese caso siendo la empresa responsable de los descubiertos en las cotizaciones el anticipo de la diferencia le corresponde a la Mutua o al INSS, según se trate de una prestación de incapacidad temporal o de incapacidad permanente, respectivamente. Véase el supuesto que se plantea en STSJ Cataluña de 22-5-1992 [Ar./2873. Ponente: A. DE PRADA MENDOZA]: “[...] censura jurídica de favorable acogida, pues amen de no haber sido tema jurídico controvertido en la litis, el importe de las rentas abonadas por enfermedades profesionales, por incapacidad permanente, supuesto de autos, que se abonaban por el fondo compensador de seguros de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, en virtud de lo establecido por el art. 8 del Decreto 792/1961 de 13-4-1961, al quedar éste extinguido por el Real Decreto Ley 36/1973 de 16-11-1978, que reorganizó los organismos de la Seguridad Social creando el INSS, en el que entre otras entidades se integró aquél, la responsabilidad se asumió por este último, y así se recoge en la resolución administrativa, incumbiendo por tanto a dicho organismo la responsabilidad de adelanto del exceso de la pensión, a que fue condenada la empresa responsable de derechos derivados de descubiertos en las cotizaciones sin perjuicio de derecho de repetición contra esta última. Todo ello de conformidad con la normativa legal invocada en el recurso, procediendo en consecuencia la estimación de éste, con revocación en parte de la sentencia de instancia, en el extremo citado, y absolviendo a la mutua de la pretensión formulada en su contra”.

<sup>1351</sup> “Para no vulnerar el principio de non bis in idem, la responsabilidad empresarial por prestaciones derivada de la falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica, de forma que aquélla

Con arreglo a la Sentencia de 8-5-1997<sup>1353</sup>, de la que fue Ponente A. DESDENTADO BONETE, la doctrina del TS la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido:

" [...] No desconoce la Sala que el artículo 94.2, b) de la Ley Articulada de la Seguridad Social ya citado configura el supuesto de responsabilidad por falta de ingreso de las cotizaciones de una forma en que ese incumplimiento se desvincula de las repercusiones de la falta de cotización en los requisitos de acceso a la protección: se responde por la simple falta de cotización; no por los efectos de ésta en la relación de protección. Pero este precepto -hoy con valor reglamentario y procedente de una norma preconstitucional- debe ser objeto de una interpretación sistemática y finalista en la línea ya iniciada por la Sala (Sentencias de 22 octubre 1975, 29 enero 1980, 16 febrero 1981) para salvar su legalidad y su conformidad con algunos principios fundamentales del ordenamiento jurídico y garantías constitucionales. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en el marco de la ordenación del contrato de seguro con el incumplimiento de la obligación de abonar las primas (artículo 15 de la Ley 50/1980, en el Derecho de la Seguridad Social el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de seguridad social y el cobro de las cotizaciones debidas se realiza por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes (artículo 33 de la Ley General de la Seguridad Social). Por otra parte, la falta de ingreso de las cotizaciones es una infracción grave sancionable administrativamente (artículos 13, 37 y 38 de la Ley 8/1988). Por ello, para no vulnerar el principio «non bis idem» -cuya proyección constitucional reconocen las Sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981 y 159/1985- la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica

---

impida la cobertura del período de cotización exigido. Otra solución llevaría a la duplicidad sancionadora: sanción administrativa más responsabilidad de las prestaciones". Vid. *Curso de Seguridad Social* cit., pp. 398-399.

<sup>1352</sup> Con arreglo a la LISOS constituye una infracción grave no ingresar, en la forma y plazo procedente, las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda el sistema de la Seguridad Social, o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, siempre que la falta de ingreso no obedezca a una situación extraordinaria de la empresa y no se haya efectuado la presentación, en plazo reglamentario, de los documentos de cotización sin ingreso de las cuotas (art. 22.4, 5).

<sup>1353</sup> Ar./3970.

de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido. En otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa y sanción indirecta también administrativa por la vía de una responsabilidad, que no se justifica en el marco de la relación de protección) en un efecto que no puede autorizar una regla, que como el artículo 94.3 de la Ley 21 abril 1966, que tiene, como se ha dicho valor reglamentario y es además anterior a la Constitución. De esta forma, se vulneraría además, como ya señaló la Sentencia de 27 febrero 1996, el principio de proporcionalidad, pues el alcance de la responsabilidad no está en función de la gravedad del incumplimiento, sino de la cuantía de la prestación causada y de las demás variables que determinan en su caso el importe del capital coste cuando se trata de pensiones. Desde esta perspectiva hay que examinar el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social y en él se advierte que su número 1 establece claramente que cuando el derecho a la prestación se haya causado por haberse cumplido los requisitos legalmente previstos (el alta y, en su caso, los períodos de cotización) la responsabilidad corresponde a la entidad gestora, a la mutua de accidentes de trabajo o al empresario que asuma directamente el riesgo en virtud de las normas sobre colaboración voluntaria y, si ello es así, la regla del número 2 de este artículo sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de cotización no puede interpretarse como una norma autónoma de carácter sancionador, sino como una disposición que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. El empresario está obligado a reparar ese perjuicio y por ello debe responder, aunque la entidad gestora, para cumplir el interés público en la protección efectiva de las situaciones de necesidad, anticipe el pago de la prestación de acuerdo con el principio de automaticidad. Fuera de este supuesto el incumplimiento empresarial en materia de cotización será objeto de sanción con independencia de la recaudación en vía ejecutiva de las cotizaciones adeudadas, pero no debe determinar un supuesto de responsabilidad”.

Esta doctrina calificada como novedosa por la STS 1-2-2000<sup>1354</sup> debe ser completada con el principio de proporcionalidad en la responsabilidad cuando el descubierto de cotización reiterado no lo ha sido en atención al tiempo sino a la cuantía, esto es, cuando se trata de supuestos de infracotización, en los que la imputación de responsabilidad

---

<sup>1354</sup> Ar./1436. Ponente: G. MOLINER TAMBORERO.

al INSS o a la empresa se realiza en proporción a la influencia que el defecto de cotización haya tenido en la cuantía de la prestación<sup>1355</sup>.

En el supuesto de que el acceso a las prestaciones de Seguridad Social no venga determinado por la exigencia de un período de cotización, como es el caso de prestaciones derivadas de la enfermedad profesional (también de accidente de trabajo) el incumplimiento de la obligación de cotización supone aplicar la doctrina jurisprudencial, que recoge la reciente Sentencia de 1-2-2000<sup>1356</sup> y que distingue entre incumplimientos ocasionales o esporádicos que no revelan la voluntad de incumplir o romper el vínculo con la seguridad social e incumplimientos definitivos o voluntarios que expresan la voluntad del empresario de infringir la norma<sup>1357</sup>, cuya consecuencia jurídica va a ser igualmente distinta: exoneración de responsabilidad empresarial en el primer caso e imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones en el segundo<sup>1358</sup>.

---

<sup>1355</sup> Sobre el particular véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 17-1-1998 [Ar./738], 28-9-1994 [Ar./9714.], 20-7-1995 [Ar./6718], 27-2-1996 [Ar./1511], 31-1-1997 [Ar./648]

<sup>1356</sup> La sentencia citada se refiere a un supuesto de imputación de responsabilidad por accidente de trabajo, pero es igualmente aplicable a la enfermedad profesional, ya que el centro de la cuestión consiste en dilucidar si es aplicable la doctrina del TS que contiene la Sentencia de 8 de mayo de 1997 (ya citada con anterioridad, en la que se abordaba la influencia del incumplimiento empresarial de cotizar en el acceso a una prestación concreta que no exige la cobertura de un determinado período de carencia), en virtud de la cual debe tenerse en cuenta el perjuicio producido por la falta de cotización del empresario en cuanto a las prestaciones. El INSS argumenta que siendo aplicable esta doctrina no procede imputar responsabilidad en los accidentes de trabajo porque no se condiciona el acceso a las prestaciones al cumplimiento de un período previo de cotización mientras que la Mutua y el Ministerio Fiscal coinciden en no aplicar la susodicha doctrina a los supuestos de responsabilidad por accidente laboral.

<sup>1357</sup> La Sala se ha referido a este supuesto como aquellos descubiertos empresariales que por su trascendencia debieran de valorarse como rupturistas en cuanto aparecieron como demostrativos de la intención empresarial de no cotizar (STS 1-2-2000, Ar.1436) o que reflejan la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación (STS 27-2-1996, Ar./1511) o una voluntad de incumplimiento empresarial nítida y persistente (STS 12-2-1997, Ar./1262).

<sup>1358</sup> En la STS] Andalucía de 11 de julio de 1997 [Ar./3497. Ponente: M. J. BENAVIDES SÁNCHEZ MOLINA] se plantea un supuesto de imputación de responsabilidad de

---

prestaciones de incapacidad permanente, pese a que no se exige período de carencia cuando deriva de una enfermedad profesional: "[...] en consecuencia, siendo la causa de la Invalidez Permanente Absoluta que padece el actor derivada de enfermedad profesional, las empresas donde prestó servicios éste debieron haber cotizado por dicha contingencia por la que estaba amparado el trabajador, y aunque presumiblemente lo hicieron como puede desprenderse por el dato de que su contrato de trabajo con las empresas demandadas se extinguió en virtud de expedientes de regulación de empleo (hechos probados 3.º y 4.º modificados), no consta acreditado que dicha obligación se hubiese cumplido correctamente por las demandadas, por lo que procede imputarles la responsabilidad derivada de las prestaciones de Invalidez Permanente Absoluta que padece el actor. A este respecto el artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 reconoce en su apartado 3.º el derecho a percibir una prestación económica consistente en una pensión vitalicia a los trabajadores afectados de Incapacidad Permanente en grado de Absoluta. Para percibir esta prestación, el artículo 137 de la misma norma, no exige período previo de cotización en los casos de accidente, sea o no laboral, así como para las enfermedades profesionales. Esta protección viene reforzada por el principio de automaticidad absoluta de las prestaciones reconocido en el apartado 3 del artículo 95 del Decreto 2065/1974, conforme al cual los trabajadores del Régimen General «se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de enfermedad profesional aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones». El artículo 96 del citado Decreto establece, en sus distintos apartados, la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones a las Entidades Gestoras, Mutuas Patronales o empresarios, señalando que en caso de incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización determinará la exigencia de responsabilidad en el pago de las correspondientes prestaciones. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente la responsabilidad empresarial por defecto de afiliación, alta y cotización, haciendo responsable a la empresa y obligando a la entidad aseguradora correspondiente a adelantar el pago de la prestación, garantizando la subrogación de los derechos y acciones del beneficiario frente al empresario incumplidor. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1987 establece que, en los supuestos de cotización por base inferior a la debida, se está en presencia de un supuesto anormal de infraseguro, donde por razones de justicia social han de responder las entidades correspondientes frente al trabajador, que no puede sufrir el perjuicio económico debido a la defectuosa aportación empresarial, y si bien corresponde la responsabilidad relativa a las pertinentes diferencias de la prestación a la empresa, es la Entidad Gestora de la Seguridad Social, en aras de la garantía de los derechos de los beneficiarios. De acuerdo con lo expuesto, la sentencia impugnada infringe por inaplicación las normas y jurisprudencia citadas, pues acredita la prestación de servicios del actor por cuenta ajena, y la Incapacidad Permanente en grado de Absoluta derivada de enfermedad profesional de la que está afecto, debería haber reconocido el derecho a la prestación, imputando la responsabilidad a las entidades demandadas, al no haberse cumplido correctamente por las empresas demandadas las obligaciones de cotización. Debe concluirse, pues,

Los argumentos que utiliza la Sala para desestimar la aplicación de la doctrina relativa a la vinculación entre la responsabilidad empresarial por falta de cotización y un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección (la falta de cotización imputable al empresario impide la cobertura del período de cotización exigido para acceder a la prestación), se basan en varias razones, fundadas en la no exigencia de ningún período de cotización cuando se trata de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales y en la responsabilidad empresarial exclusiva de cotización por contingencias profesionales, "cuando este descubierto, aun no siendo determinante del derecho a la prestación, aparece como un manifiesto incumplimiento de aquella obligación"<sup>1359</sup>. Por consiguiente se estima la aplicación de la tradicional doctrina sobre la interpretación de la voluntad empresarial de incumplir sus obligaciones en materia de Seguridad Social, según se trate de incumplimientos transitorios, esporádicos o definitivos o rupturistas.

Ciertamente no es posible aplicar los mismos criterios a las prestaciones derivadas de contingencias comunes que a aquéllas derivadas de contingencias profesionales, tal y como apunta la Sala en el primer motivo argumental: "a) porque la doctrina a que se está haciendo referencia se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención depende de la cobertura de un período de cotización, que es en la que cuadra eximir de responsabilidad al empresario cuando existen cotizaciones suficientes para devengarla, como manifestación adecuada al principio de proporcionalidad. En las prestaciones que no dependen de un período de carencia, como son las derivadas de accidente de trabajo, la prueba del cumplimiento empresarial habrá que seguir

---

que los organismos demandados están obligados con carácter subsidiario al pago de las prestaciones económicas referentes a la pensión de la Incapacidad Permanente Absoluta solicitada, derivadas del hecho de que las empresas demandadas hubiesen abonado cotizaciones inferiores a las que legalmente correspondían, sin perjuicio de la responsabilidad principal de dicho pago de las referidas empresas demandadas. Lo que antecede conlleva la estimación del recurso y la consiguiente revocación de la sentencia impugnada".

<sup>1359</sup> La Sala reconoce haber aplicado esta doctrina, aunque menos elaborada, en SSTs 17-3-1999 (Ar./3005) y 25-1-1999 (Ar./3748).

determinándola *con arreglo a otros criterios*, puesto que no existe ese referente". Esos criterios son los que ponderan, según se desprende del Fundamento jurídico segundo, la voluntad empresarial de incumplimiento, que la doctrina tradicional ha tenido en cuenta.<sup>1360</sup> Lo que no significa ni mucho menos es que no pueda exigirse responsabilidad al empresario incumplidor si se lucra una prestación sin la necesidad de un período de cotización, pues iría en contra de la doctrina del Tribunal Supremo sobre imputación de responsabilidad<sup>1361</sup>.

De hecho algunos magistrados formularon voto particular<sup>1362</sup>, considerando que la vulneración del principio de proporcionalidad puede dar lugar a la inconstitucionalidad del régimen de responsabilidad empresarial, "pues el carácter desmesurado del sacrificio que impone (responsabilidad más sanción administrativa formal más abono de las cotizaciones con recargo) puede afectar a otros derechos constitucionales y a la propia efectividad del derecho a la Seguridad Social en la medida en que los límites del principio de automaticidad determinan en algunas prestaciones, que la declaración de

---

<sup>1360</sup> A. V. SEMPERE NAVARRO al hilo del comentario de la Sentencia analizada pone de manifiesto la imprecisión de la doctrina del TS y especialmente la contradicción entre el principio de la proporcionalidad y el acceso a prestaciones derivadas de contingencias profesionales, respecto de las cuales no existe período de carencia exigible. Asimismo considera que el tema de la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social hoy por hoy sigue pendiente de ser clarificado. Vid. "La responsabilidad empresarial en contingencias profesionales tras la STS 1 febrero 2000", *Aranzadi Social*, nº 4, 2000, pp. 9-22.

<sup>1361</sup> Como expone SEMPERE NAVARRO la no exigencia de responsabilidad cuando se accede a una prestación sin período de carencia incentivaría el impago de las cotizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. "No parece que sea una solución acorde con los principios, tradición histórica y características de nuestro sistema de Seguridad Social"; [...] pero lo cierto es que la proporcionalidad casa mal con unas prestaciones, como las derivadas de contingencias profesionales, respecto de las cuáles no existe período de carencia exigible (art. 124.4.) LGSS", lo que lleva irremediamente a formularse la pregunta de si la insistencia en el carácter proporcional de la responsabilidad patronal por parte del Tribunal Supremo significa que nunca pueda exigirse responsabilidad patronal en orden al pago de contingencias profesionales. Vid. "La responsabilidad empresarial en contingencias profesionales"...cit., pp. 17-18.

<sup>1362</sup> A. DESDENTADO BONETE, F. SALINAS MOLINA, J. M<sup>a</sup> MARÍN CORREA.

responsabilidad de un empresario insolvente impida el efectivo abono de la prestación al trabajador."<sup>1363</sup>

En definitiva, a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales por incumplimiento empresarial dependerá de la valoración de la voluntad de incumplimiento, aplicando los principios de proporcionalidad. Por ello podemos afirmar que todavía es confusa la materia, de ahí la necesidad urgente de que el legislador aporte soluciones concretas.

### 7.3. Distribución de responsabilidades entre el INSS y las entidades colaboradoras

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 67 del TRLGSS son entidades colaboradoras las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (MATEPSS o Mutuas, en adelante) y las empresas, si bien cabe la posibilidad de que actúen como tales asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en un registro público. A efectos de imputación de responsabilidad en materia de enfermedad profesional conviene recordar que las Mutuas y las empresas colaboran en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en virtud de lo previsto en el apartado a) del art. 68<sup>1364</sup> y art. 77 TRLGSS<sup>1365</sup>.

---

<sup>1363</sup> Y añaden que con la doctrina de la Sentencia de 8-5-1997 se producirían igualmente los efectos de doble sanción y falta de proporción, por lo que proponen el sometimiento al procedimiento de inconstitucionalidad de los preceptos de la LGSS (arts. 41, 126).

<sup>1364</sup> Otras de las actividades de colaboración en la gestión son la realización de actividades de prevención, recuperación (actuación de la Mutua como Servicio de prevención ajeno), colaboración en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y demás actividades, prestaciones y servicios de Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

<sup>1365</sup> Las empresas pueden colaborar asumiendo directamente el pago de las prestaciones de IT derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el

Estas Entidades que asumen esa función de colaboración tienen a su vez, unas obligaciones, cuyo incumplimiento determina la imputación de responsabilidad, de tal modo que ésta se reparte entre todas las entidades que intervienen en el proceso de gestión de las prestaciones, ya sea de forma principal (Entidades Gestoras de la Seguridad Social) ya sea de forma colateral (entidades colaboradoras).

El objeto de este apartado se limita a la delimitación de los supuestos de responsabilidades en materia de prestaciones derivadas de enfermedad profesional.

### 7.3.1. Regla general de imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones de enfermedad profesional

En materia de enfermedad profesional existe una norma especial en cuanto a la imputación de responsabilidad a las entidades gestoras o colaboradoras que altera el esquema típico previsto para el accidente de trabajo. De esta suerte la responsabilidad de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de la enfermedad profesional recae siempre en el INSS como sucesor del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional<sup>1366</sup>, ente gestor en la década de los sesenta de las prestaciones de enfermedad profesional<sup>1367</sup>.

---

subsidio consiguiente. Pero además pueden asumir la gestión de esas mismas prestaciones (asistencia sanitaria y subsidio económico de IT) derivadas de contingencias comunes, si bien este supuesto de colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria derivada de enfermedad común y accidente no laboral dará lugar a una compensación económica por esa colaboración prevista en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, y de orden social (D.T. 6ª), que modifica ese apartado. Igualmente pueden asumir esta colaboración las agrupaciones de empresas, constituidas a este único efectos si reúnen las condiciones que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y obtienen autorización para ello. las empresas. Junto a estos modelos de colaboración voluntaria existe el supuesto de colaboración obligatoria de pago delegado de las prestaciones económicas de IT.

<sup>1366</sup> De conformidad con la Disposición Transitoria 6ª.1 b) de la LGSS de 1974 subsisten determinados Servicios Comunes del Sistema de la Seguridad Social, con el encuadramiento, orgánico, funciones y competencias que les atribuyen las disposiciones vigentes, hasta que no se disponga lo contrario por el Ministerio de Trabajo, entre los que se encuentra el Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (también el Fondo de Garantía

Quiere ello decir que la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional no se reparten entre dicho ente gestor y la MATEPSS o entidad colaboradora. Sin embargo, la entidad colaboradora se hace cargo de las prestaciones económicas y sanitarias por incapacidad temporal -a no ser que el empresario haya asegurado las contingencias profesionales en el INSS, en virtud de la opción que le reconoce la ley<sup>1368</sup>-, mientras que el Ente gestor asume las prestaciones derivadas de la incapacidad permanente siempre en virtud de la asunción de las funciones del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

El susodicho Fondo<sup>1369</sup>, que sustituye a la *Junta Administrativa del Seguro de Enfermedades Profesionales*<sup>1370</sup> -creada por el Decreto de 10 de

---

de Accidentes de Trabajo y el servicio de Reaseguro de Accidentes de Trabajo, creado por Ley de 8-5-1942). El Real Decreto Ley 36/78 de Gestión los declara extinguidos, por lo que el INSS y la TGSS asumen sus funciones. Efectivamente el citado Fondo se absorbe por el INSS y desaparece el organismo y su función (a diferencia del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo), y asume directamente el INSS la responsabilidad derivada de la enfermedad profesional. Véase ORDEIG FOS: *El sistema español de Seguridad Social...cit.*, p. 114.

<sup>1367</sup> Con arreglo a las Disposiciones Adicionales del Decreto de Enfermedades Profesionales de 1961 el Fondo Compensador iniciaría su gestión el 1 de enero de 1962, asumiendo tanto las pensiones en vigor en aquel momento que correspondían al Seguro de Enfermedades Profesionales (Seguro que se reintegra en el Seguro de Accidentes de Trabajo a partir de la entrada en vigor del Decreto), esto es, las derivadas de silicosis y nistagmus, así como la prevención y reparación de aquellas enfermedades incluidas en el cuadro o lista oficial que no habían sido objeto de protección todavía. Asimismo se ocuparía de todo lo referente a la rehabilitación de incapacitados de trabajo en general, revalorización de pensiones y demás facultades asignadas en el Decreto.

<sup>1368</sup> TRLGSS, arts. 70 y 99 así como los arts 5, 14 del Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26-1 (BOE 27-2). En virtud del último precepto citado cuando el empresario opta para la protección por las contingencias profesionales por una entidad gestora, la Dirección Provincial de la TGSS que realice la inscripción formalizará el documento para su protección, mientras que si opta por una Mutua la formalización del documento de asociación y anexo del mismo se realizará por la entidad colaboradora interesada.

<sup>1369</sup> Se definía por el art. 1 del REP el Fondo como un órgano con administración propia pero que se integraba en la *Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo*, por lo

enero de 1947<sup>1371</sup>-, tenía asignadas funciones tan importantes como declarar derechos y revisar incapacidades por enfermedades profesionales<sup>1372</sup>, llevar la política de ordenación, de prevención de siniestros<sup>1373</sup> y de rehabilitación de accidentes de trabajo<sup>1374</sup> o la

---

que la representación a todos los efectos y para la realización de los actos y contratos correspondía a la mencionada Caja.

<sup>1370</sup> No hay que confundirla con la Junta Administrativa integrada en el Fondo Compensador, entidad, ésta última, que constituía junto con la Comisión Permanente y el Servicio Técnico Administrativo un órgano de gestión del Fondo (art. 3 del REP). Una de las funciones de dicha Junta (formada por miembros gubernamentales, miembros de la Organización Sindical y un empresario, un técnico y un obrero propuestos por la Organización Sindical y pertenecientes a la rama de la minería) era informar sobre la inclusión de nuevas enfermedades profesionales en el cuadro anexo al Decreto (art.7 c REP), mientras que la Comisión Permanente del Fondo –que integraba, entre otros, a asesores médicos y jurídicos en su seno- debía confeccionar listas de puestos de trabajo con riesgo notorio de enfermedad profesional (art. 10.4 REP).

<sup>1371</sup> BOE 21-1-1947. El mencionado Decreto establecía el Seguro de Enfermedades Profesionales. Véase sobre el particular infra, Parte I Capítulo Primero.

<sup>1372</sup> El Capítulo VII del REP regulaba esta materia, que parte de la facultad del Fondo Compensador (así como de las entidades aseguradoras, las empresas y, como no, de los interesados) para instar la revisión de la incapacidad (art. 101). El Fondo debía resolver la solicitud de revisión formulada en el plazo de tres meses y además establecía los plazos de revisión de cada incapacidad permanente (absoluta, total parcial) con arreglo a unos criterios fijados por el art. 105 del REP. Asimismo el Fondo asumía los gastos ocasionados como consecuencia de los reconocimientos médicos y pruebas -incluso los de hospitalización y traslado de los pensionistas en virtud de los reconocimientos médicos-, que tuvieran que realizarse en las revisiones de la incapacidad (art. 106).

<sup>1373</sup> El art. 18 detalla las funciones asumidas por el Fondo Compensador en materia de prevención de enfermedades profesionales, a saber: la cooperación en la prevención técnica y médica de las lesiones y enfermedades profesionales, el diagnóstico de las lesiones y enfermedades profesionales, la calificación de la incapacidad funcional y laboral resultante de la lesión o enfermedad así como la rehabilitación funcional del enfermo y vigilancia de la reincorporación al trabajo de todos los incapacitados temporal o permanentemente para su profesión habitual.

<sup>1374</sup> Los arts. 27 a 29 especifican las funciones del Fondo en materia de recuperación y rehabilitación, como son la de dirección de la instalación de servicios psicológicos y de orientación, selección y readaptación de post-accidentados del Seguro de Accidentes en general y de enfermos profesionales. Conviene recordar que el régimen de rehabilitación establecido en la legislación de accidentes de trabajo se

orientación y vigilancia del cumplimiento de las prestaciones sanitarias. El art. 8 del Decreto que creaba al citado Fondo imputaba al mismo la obligación de abonar con cargo a los medios económicos que disponía<sup>1375</sup>, el importe de las rentas por incapacidad permanente o muerte, los gastos de asistencia sanitaria, prevención y rehabilitación de los incapacitados del trabajo, así como la revalorización de las pensiones<sup>1376</sup>, mientras que la incapacidad temporal se imputaba a la entidad aseguradora (es decir, la compañía privada aseguradora del riesgo)<sup>1377</sup>.

Asimismo el art. 25. 1 c) de la Orden de 15 de abril de 1969 que regula las prestaciones por invalidez señala que el pago de las prestaciones económicas por invalidez permanente derivada de enfermedad profesional corre a cargo de Entidad Gestora, que tenga a su cargo la protección de la invalidez debida a dicha contingencia (Fondo Compensador, en ese momento), a diferencia de lo previsto para las

---

extiende a las enfermedades profesionales (un único plan de rehabilitación para las contingencias profesionales).

<sup>1375</sup> El art. 7º fijaba cuáles eran los medios económicos a su disposición para poder cumplir con los fines que le encomendaba la norma, que fundamentalmente consistían en las cantidades que resultaban de aplicar el reparto anual de gastos por compensación sobre las primas recaudadas por las entidades aseguradoras de accidentes de trabajo, la aportación del 1 por 100 sobre las cuotas recaudadas por el Servicio de Reaseguro de Accidentes del Trabajo, así como el importe de las diferencias que sobre las primas se establezcan en las pólizas con riesgo de enfermedades profesionales. Cfr. Art. 215 LGSS-1974 (precepto derogado por la Disposición Derogatoria Única del TRLGSS), que regulaba el régimen económico financiero de las enfermedades profesionales y establecía los recursos financieros designados para cubrir la enfermedad profesionales, a saber: cantidades que resultan de aplicar los coeficientes fijados anualmente sobre la totalidad de las primas recaudadas en el ejercicio anterior, el importe de las sobreprimas (se refiere a las primas adicionales a la cotización en relación a la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y a los medios de prevención empleados), la aportación sobre las primas objeto de reaseguro, el recargo del capital coste de pensiones y cualesquiera otros recursos establecidos por las disposiciones de desarrollo.

<sup>1376</sup> También el sostenimiento de la Obra Social de Grandes Inválidos.

<sup>1377</sup> Al Instituto Nacional de Previsión (INP) le correspondía el pago de las rentas anuales reconocidas a los trabajadores víctimas de la enfermedad profesional o a sus derechohabientes así como resolver las posibles incidencias sobre el derecho al percibo de la indemnización por cuenta del Fondo Compensador.

prestaciones por invalidez permanente en caso de accidente de trabajo (sería abonada por la Mutua o por el Servicio común de la Seguridad Social donde se hubiera constituido el valor actual del capital coste de la pensión, art. 25. I b de la citada Orden).

La jurisprudencia del TS es uniforme y clara sobre la imputación de responsabilidad al INSS en materia de prestaciones derivadas de enfermedad profesional<sup>1378</sup>. De todas las sentencias dictadas son significativas las de 11-11-1991<sup>1379</sup>, 12-3-1994<sup>1380</sup> que contienen la doctrina general sobre la responsabilidad del INSS y la TGSS en material de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, sentándose en la segunda de ellas lo siguiente (Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto), con cita de la de 1991:

CUARTO.- (...) «las contingencias de muerte e incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional no tienen por qué ser asumidas por la Mutua Patronal aseguradora del riesgo de accidentes de trabajo y del de la expresada enfermedad, pues, respecto a esta última, su responsabilidad queda limitada al ámbito de la incapacidad laboral transitoria y de los períodos de observación -artículo 202.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social-». Añade dicha sentencia que «de las restantes contingencias proveniente de igual causa han de ser los Servicios Comunes de la Seguridad Social ... los que han de subvenir a las mismas», y que «los organismos a los que, hoy día, incumbe el hacerse cargo de las expresadas contingencias son el INSS y la TGSS en los que aparece residenciado el antiguo Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en virtud de la reforma orgánica producida en el servicio público de la Seguridad Social, por el Real Decreto-ley 36/1978».

QUINTO.-Se exponen a continuación, en lo sustancial, los razonamientos de que se sirve la expresada Sentencia de 11 noviembre 1991 para llegar a las conclusiones que se han recogido y transcrito en el fundamento jurídico anterior: 1) «la creación, por Decreto número 792/1961, de 13 abril, del Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales... supuso la asunción por el mismo

---

<sup>1378</sup> Vid. Entre otras SSTs de 12 de marzo de 1994 (Ar./2344). Ponente: P.M. CACHÓN VILLAR, 28-2-1997 [Ar./1607. Ponente: M.A. CAMPOS ALONSO], de 1 de febrero de 2000 (Ar./1436). Ponente: G. MOLINER TAMBORERO. A mayor abundamiento sobre el particular véanse la jurisprudencia del Anexo.

<sup>1379</sup> Ar./8211?.

<sup>1380</sup> Ar./2344. Ponente: P.M. CACHÓN VILLAR.

de las contingencias de incapacidad permanente»; 2) «el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social ..., en sus artículos 202.2.b) y 215, en adecuada concordancia con lo establecido por el artículo 25.c) de la Orden Ministerial 15 abril 1969, mantiene la atribución a aquel Fondo Compensador de las contingencias de muerte o incapacidad permanente que deriven de enfermedad profesional»; 3) «la transformación experimentada en el servicio público de la Seguridad Social como consecuencia del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 noviembre, si bien conllevó la desaparición del Fondo Compensador de referencia..., también supuso la asunción por el correspondiente Ente Gestor -INSS- y por el Servicio Común de la Seguridad Social -TGSS- de los derechos y obligaciones del organismo extinguido, como así se establece en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup>.2 de aquel Real Decreto-ley y queda corroborado por la ulterior normativa de la Tesorería General de la Seguridad Social que se recoge en el Real Decreto 1245/1979, de 25 mayo, y, más recientemente, en el Real Decreto 716/1986, de 7 marzo y en la Orden Ministerial 23 octubre 1986 que lo desarrolla».

Los TSJ han seguido esta doctrina relativa a la distribución de responsabilidad entre MATEPSS y Entidad Gestora en materia de prestaciones por enfermedad profesional sin titubeos<sup>1381</sup>. Particularmente destaca la sentencia del TSJ Andalucía/Málaga, de 28 de noviembre de 1995<sup>1382</sup>, que expone cuál ha sido la evolución que ha sufrido la materia

---

<sup>1381</sup> SSTSJ Canarias/Las Palmas de 26 de mayo de 1993 y 22 de diciembre de 1993, [Ar./2268 y 5198. Ponente: C. MILLAN HERNÁNDEZ], STSJ Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 1994, [Ar./2115. Ponente: J.M. CELADA ALONSO], STSJ Extremadura de 15 de febrero de 1995 [Ar./502. Ponente: P. BRAVO GUTIÉRREZ], STSJ Galicia de 3 de marzo de 1995 [Ar./957. Ponente: J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ], STSJ Castilla y León/Burgos de 8 de junio de 1995 [Ar./2291. Ponente: M.A. BLANCO LEIRA], STSJ Murcia de 26 de diciembre de 1995 [Ar./4854. Ponente: F. MARTÍNEZ MUÑOZ]. STSJ Comunidad Valenciana de 25 de enero de 1992 [Ar./373. Ponente: J.M. ORDEIG FOS], STSJ Andalucía/Málaga de 10 de febrero de 1992 [Ar./862. Ponente: F.J. VELA TORRES], STSJ Cataluña de 22 de mayo de 1992 [Ar./2873. Ponente: A. DE PRADA MENDOZA], STSJ Andalucía/Málaga de 28 de noviembre de 1995 [Ar./4243). Ponente: L.J. MAQUEDA ABREU], STSJ Cataluña de 16 de abril de 1997 [Ar./2195). Ponente: J. L. ESCUDERO ALONSO], STSJ Castilla y León/Valladolid de 29 de diciembre de 1997 [Ar./5219). Ponente: J. MENDEZ HOLGADO], STSJ Comunidad Valenciana de 22-12-1998 [Ar./6569. Ponente: I. MORENO DE VIANA CARDENAS], STSJ Madrid de 14 de enero de 1999 [Ar./5101. Ponente: M<sup>a</sup>. J. SUAREZ FERNÁNDEZ].

<sup>1382</sup> Ar./4243. Ponente: L.J. MAQUEDA ABREU.

(imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones) desde la creación del Fondo Compensador en 1961 (FJ 2º):

"las contingencias de muerte e incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional no tienen por qué ser asumidas ni por la empresa ni por la Mutua Patronal aseguradora del riesgo de accidentes de trabajo y del de la expresada enfermedad, pues, respecto a esta última, su responsabilidad queda limitada al ámbito de la incapacidad laboral transitoria y de los períodos de observación –artículo 202.2 b) del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social<sup>1383</sup>.- De las restantes contingencias provenientes de igual causa han de ser los Servicios Comunes de la Seguridad Social sostenidos, económicamente, mediante un sistema de reparto de rentas entre las distintas Mutuas Patronales o empresas colaboradoras, en su caso, los que han de subvenir a las mismas, a través de un régimen de cuotas fijadas anualmente, en función de unos índices establecidos por la administración pública de la Seguridad Social<sup>1384</sup>. Los organismos a los que, hoy día, incumbe el hacerse cargo de las expresadas contingencias son el INSS y la TGSS<sup>1385</sup> en los que

---

<sup>1383</sup> Se refiere al Texto de la Ley General de Seguridad Social de 1974, que se corresponde con el actual art. 68.3 b), con arreglo al cual: "las operaciones que lleven a cabo las mutuas se reducirán a repartir entre sus asociados: b) el coste de las prestaciones por enfermedades profesionales padecidas por el personal al servicio de los asociados, en la situación de incapacidad temporal y período de observación, y, en las demás situaciones, la contribución que se les asigne para hacer frente, en régimen de compensación, a la siniestralidad general derivada de la aludida contingencia.

<sup>1384</sup> Según el art. 68.3 b) las mutuas asumirán en las situaciones de incapacidad permanente y muerte la "contribución que se les asigne para hacer frente, en régimen de compensación, a la siniestralidad general derivada de la aludida contingencia [esto es la enfermedad profesional]". El asegurador real es la TGSS que debe asignar los recursos pertinentes para financiar este riesgo, entre los que se halla la contribución por las Mutuas. Vid. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, en *Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo...cit.*, p. 79. Por otro lado conviene reflejar que el art. 215 de la LGSS de 1974, que no se ha mantenido en vigor por el TRLGSS de 1994, regulaba el régimen financiero específico de las enfermedades profesionales, reconociendo que en relación con las prestaciones por invalidez y por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional, el régimen financiero de reparto simple y señalaba los recursos financieros adscritos.

<sup>1385</sup> Es un Servicio común con personalidad jurídica propia en el que se unifican todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias. Tiene a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social (art. 63 TRLGGS; en el mismo

aparece residenciado el antiguo Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en virtud de la reforma orgánica producida en el servicio público de la Seguridad social, por el Real Decreto-Ley 36/1978".

Este régimen de responsabilidad difiere del previsto para el accidente de trabajo, ya que en virtud de lo dispuesto en el art. 201 las empresas y las Mutuas asumen el riesgo de incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo<sup>1386 1387</sup>.

---

sentido art. 1 del RD 2318/1978, 15-9). Conforme al art. 1 del RD 1391/1995, 4-8, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gestión Financiera de la Seguridad Social, corresponde a la TGSS en su condición de caja única del sistema de la Seguridad Social, la gestión de todos los recursos financieros, pudiendo organizar los medios y diseñar y gestionar los procesos relativos a la ordenación y pago de las obligaciones de la Seguridad Social. Dicha función de ordenación de pagos de las obligaciones de la Seguridad Social también se reconoce en el RD 1314/1984, 20-6, que regula la estructura y competencia de la TGSS.

<sup>1386</sup> El art. 25 de la Orden de 15-4-1969 distingue entre el pago de prestaciones económicas por invalidez permanente en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional. En el primero será la MATEPSS o el INSS (teniendo en cuenta que la *Mutualidad Laboral* a la que se refiere el precepto no existe en la actualidad ya que se integraron en 1978 en el INSS), dependiendo de quién tenga a su cargo la protección de la invalidez debida a enfermedad profesional, la que abone la prestación. Si se trata de una pensión vitalicia esas entidades deben constituir en el Servicio común de la Seguridad Social que corresponda el valor actual del capital coste de la pensión y será abonada por ese Servicio común, esto es, la TGSS (art. 201 del TRLGSS). En el segundo será la Entidad Gestora que tenga a su cargo la protección de la invalidez la que paga la prestación económica. El sistema de capitalización es aplicable únicamente a las pensiones derivadas de accidente de trabajo pero no a las de enfermedad profesional, que se rigen por el sistema de reparto. Sobre el régimen financiero específico véase el comentario de S. OLARTE ENCABO al art. 201 TRLGSS en AA.VV: *Comentario a la Ley de Seguridad Social...cit.*, pgs . 1717 y ss.

<sup>1387</sup> La Sala del TSJ de Andalucía/Málaga de 28-11-1995 pone de manifiesto esa diferencia en cuanto al accidente de trabajo: "Es de significar, al respecto, que pese al tratamiento jurídico asimilado que viene mereciendo el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, sin embargo, no son, entre sí, confundibles, lo que explica el que hubiera existido, junto al repetido Fondo Compensador los Fondos de Garantía y de Pensiones de Accidentes de Trabajo, suprimidos, también por el Real Decreto-ley 36/1984 [sic]. De aquí que si las empresas y por subrogación las Mutuas Patronales deben seguir asumiendo el riesgo de las contingencias de muerte e incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo no ocurre lo propio cuando tales contingencias surjan a consecuencia de enfermedades profesionales". El

### 7.3.2. Supuestos especiales de imputación de responsabilidad

En este apartado se abordan determinadas situaciones problemáticas en cuanto a su solución que se plantean en la práctica sobre la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional. Se trata de delimitar la responsabilidad entre el INSS y las entidades colaboradoras cuando los supuestos se apartan de la situación típica prevista en la norma. En definitiva son cuestiones litigiosas que la jurisprudencia ha tenido que resolver de acuerdo con la legalidad vigente, como es la responsabilidad durante la situación de prórroga extraordinaria de IT, o supuestos de calificación de la enfermedad profesional modificando una declaración previa o incluso determinar la responsabilidad en supuesto de recaída, habiendo un cambio de entidad aseguradora. Todas y cada una de estas cuestiones van a ser tratadas a continuación.

#### 7.3.2.1. Prórroga de incapacidad temporal

Se plantea cuál es la entidad responsable de las prestaciones de IT durante la situación de prórroga extraordinaria<sup>1388</sup> de la IT prevista en el art. 131 bis apartado segundo, en la que el beneficiario continúa necesitando tratamiento médico y se demora la calificación de la incapacidad por un período de tiempo limitado (no puede suponer más de treinta meses de IT, a contar desde el inicio de la misma). Durante este período de tiempo no subsiste la obligación de cotizar<sup>1389</sup>.

---

Fondo de Pensiones era un Servicio Común que efectuaba el pago de pensiones por accidente de trabajo en el que la entidad obligada debía ingresar el capital-coste de la prestación. El RDLGISS lo suprime y sus funciones las asume la TGSS.

<sup>1388</sup> Se diferencia de la prórroga ordinaria seis meses prevista en el art. 128 a) para la situación de incapacidad temporal, que se produce cuando se presume que el trabajador puede ser dado de alta médica por curación.

<sup>1389</sup> Tampoco existe obligación de cotizar durante el período, que sobreviene tras la extinción de la IT por transcurso del plazo máximo de 18 meses, de tres meses dirigido a examinar el estado del incapacitado a efectos de la calificación como inválido permanente en el grado que corresponda.

Un supuesto de esas características se plantea a la Sala del TSJ de Cataluña que en Sentencia de 2-2-99<sup>1390</sup> resuelve a favor de la imputación de responsabilidad a la Mutua y no al INSS en base a los siguientes argumentos:

*CUARTO.*-En cuanto a la segunda tesis, recordemos que es la de que la asunción de la IT «prorrogada» correspondería al INSS. Básicamente se defiende que en cierto modo, tal situación prorrogada viene a equivaler a la antigua invalidez provisional, anterior a la citada reforma de la Ley 42/1994; y que por tanto, su pago no sería imputable a la Mutua Patronal recurrente, sino al antiguo Fondo Compensador. Tampoco es acogible tal tesis, en base a las siguientes consideraciones: 1ª) Como es sabido, la reiterada Ley 42/1994, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, introdujo en la LGSS de 1994, entre otras, la reforma de refundir en una sola situación (incapacidad temporal) las antiguas ILT e invalidez provisional. 2ª) Es por ello por lo que no puede defenderse («ex» anterior art. 68 [LGSS de 1994], 2 b), que las Mutuas Patronales hayan de asumir sólo la «equivalente» ILT con máximo de duración de 18 meses, como homologable con la antigua ILT. 3ª) El redactado del actual art. 68 de la LGSS de 1994, después de la reforma de Ley 42/1994 (posteriormente: «ex» Ley 66/1997, de 30 de diciembre: pero no afecta a lo que se viene razonando), en su ap. 3, letra b), no distingue en cuanto al coste a soportar por las Mutuas Patronales, ningún período de la actual «situación de incapacidad temporal».

La consecuencia que se desprende de la tesis que acoge el TSJ es que el INSS como entidad Gestora, sucesora del Fondo Compensador sólo se va a hacer cargo de la prestación de incapacidad permanente. No cabe duda de que es importante determinar la fecha del devengo de la prestación de incapacidad permanente, ya que la Mutua no se hace cargo de esa situación sino el INSS. Este momento de determinación de efectos de la situación de incapacidad permanente tiene consecuencias en el orden de la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones<sup>1391</sup>. Conviene recordar que -como ya se dijo en

---

<sup>1390</sup> Ar./376. Ponente: A. GARCÍA RODRÍGUEZ.

<sup>1391</sup> Véase al respecto Sentencia del mismo tribunal (TSJ Cataluña) de 16-4-1997 [Ar./2195. Ponente: J.L. ESCUDERO ALONSO]. FD 3º: [...] En definitiva, la cuestión que se controvierte en el presente recurso de suplicación, es la de la fecha de efectos iniciales de la situación de invalidez permanente de los trabajadores, si la del informe-propuesta del facultativo que le asista, en este caso la del médico de la mutua actora, o bien la posterior en el tiempo del dictamen de la UVMI, cuestión que tratándose

otro lugar<sup>1392</sup>- la fecha de efectos iniciales coincide generalmente con la fecha del hecho causante, es decir, con la del dictamen de la UVAMI. No obstante, en materia de enfermedades profesionales había que estar a la situación de activo o inactivo del trabajador (cuando no se halla al servicio de ninguna empresa) para establecer la fecha determinante de la iniciación del derecho. Habiendo una situación de IT previa, como la que se plantea en estos momentos (supuesto de prórroga de la IT), con arreglo a lo dispuesto en el REP (Art. 60.3) y en RGCP (art. 23) – aplicables en virtud de la remisión que establece el art. 142 TRLGSS- la fecha inicial del devengo de las prestaciones será la del día siguiente a la terminación de la situación de IT. Ello nos lleva a plantearnos si la solución del TSJ de Cataluña sobre la imputación de responsabilidad a la Mutua en el período de prórroga extraordinaria es la más acertada. Pues bien, si se entiende que la situación de prórroga no descalifica la situación de IT, deberemos considerarla acertada. Pero en caso de entender que la situación de IT se extingue con el transcurso de los

---

de la contingencia de enfermedad profesional tiene consecuencias de tipo económico, ya que mientras el trabajador se halla en ILT el pago del subsidio corre a cargo de la mutua, siendo por cuenta del INSS cuando es declarado inválido permanente. Aun cuando la jurisprudencia que cita la Mutua en su escrito de impugnación al recurso de suplicación del INSS, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 enero 1993, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, declara que, «Si bien la regla general es que la producción del hecho causante de la invalidez permanente se identifica con la fecha del dictamen de la UVMI, ello no es aplicable cuando las lesiones orgánico-funcionales que padece el trabajador han quedado fijadas con anterioridad a aquella fecha con el carácter de irreversibles y dotadas de efectos invalidantes», lo cierto es, que la referida doctrina jurisprudencial se dicta, como en la misma se reconoce, para casos singulares como pueden ser que el trabajador se encuentre en alta en la Seguridad Social en la primera y no en la segunda fecha, o que tenga que concretarse la fecha del inicio de la invalidez para percibir una prestación de Seguridad Social complementaria, etc., contradiciendo en estos casos la regla general que establecía la referida Disposición Adicional de la Orden Ministerial 23 noviembre 1982, motivo por el que en cumplimiento de la legislación citada, y dado el carácter genérico de las prestaciones actuaciones en las que no han sido codemandados los trabajadores beneficiarios de las prestaciones económicas de invalidez permanente, cuya fecha de efectos iniciales la tienen fijada por resolución administrativa incombata, e incluso por sentencia firme, en el día del dictamen de la UVMI, procede estimar el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, no adeudándole la citada Entidad Gestora cantidad alguna a la Mutua demandante».

<sup>1392</sup> Vid. *Infra* epígrafe sobre la fecha inicial del devengo.

dieciocho meses de plazo máximo previsto en la Ley, debería asumir el INSS las prestaciones derivadas de esa situación.

Teniendo en cuenta que durante ese período no hay calificación de la invalidez porque se espera que el trabajador pueda ser dado de alta hay que suponer que no es una situación de incapacidad permanente porque no se han calificado las dolencias o lesiones orgánico-funcionales con carácter irreversibles y efectos invalidantes. Por consiguiente parece lógico atribuir a la Mutua la responsabilidad de la prestación de IT prorrogada.

#### 7.3.2.2. Calificación de la dolencia como enfermedad común o profesional: consecuencias en cuanto a la imputación de responsabilidad. Competencia calificadora del INSS como Entidad Gestora.

Evidentemente la calificación de las lesiones que aquejan al trabajador según su etiología laboral o común tiene repercusión en el ámbito de la imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones, especialmente en cuanto a las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de la enfermedad profesional. No obstante, la responsabilidad en materia de incapacidad permanente, según se desprende del epígrafe anterior, queda claro que recae en el INSS como sucesor del Fondo de Compensación por lo que la calificación por la Entidad Gestora no va a repercutir en el ámbito de responsabilidad de la MATEPSS. Por el contrario en materia de prestaciones de incapacidad temporal y períodos de observación la imputación de responsabilidad depende de quien tenga asumida la cobertura de las contingencias profesionales (puede ser la MATEPSS o puede ser el INSS), por lo que la atribución de la competencia relativa a la calificación de la patología o dolencia va a ser decisiva para imputar responsabilidad.

El INSS como Entidad Gestora de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social tiene competencia para calificar la incapacidad temporal como derivada de una contingencia común o profesional según la doctrina del Tribunal Supremo aunque no tenga a su cargo el aseguramiento de las contingencias profesionales, correspondiéndole esta protección a una MATEPSS. A raíz de una

relativa reciente jurisprudencia de aquel Tribunal<sup>1393</sup> el INSS está legitimado para calificar el origen de la dolencia constitutiva de la incapacidad temporal. Este cambio doctrinal es importante porque supone que la entidad gestora puede en cualquier momento calificar una IT, aunque el trabajador ya esté percibiendo la prestación por enfermedad común y calificarla como derivada de enfermedad profesional, atribuyendo de esta manera responsabilidad a la MATEPSS, que había quedado, en principio, exonerada de responsabilidad.

Lo dicho hay que ponerlo en relación con la doctrina de la revisión por vía judicial del reconocimiento de un derecho por parte de la Entidad Gestora en perjuicio del beneficiario. En virtud del art. 145 LPL las entidades gestoras o los servicios comunes no pueden revisar por sí mismas sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, sino que deben solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social, a través de la correspondiente demanda dirigida contra el beneficiario del derecho reconocido. La expresada prohibición de la revisión de oficio de las prestaciones concedidas se fundamenta en la teoría de los actos propios. Únicamente si se trata de una rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos o de una revisión motivada por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario no es necesario acudir a la vía judicial para corregir la declaración inicial de la entidad gestora.

Para ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA “aplicando LPL, art. 145.2, el INS puede por contrario imperio revocar su calificación de una enfermedad común pasándola a profesional, si se cerciora que el segundo es el caso”. Es decir, que de conformidad con los supuestos de excepción que enumera el precepto señalado no es necesario acudir a la vía judicial para modificar un acto declarativo de derecho cuando existe un error de hecho como es la determinación del origen causal de la patología que da derecho a prestaciones<sup>1394</sup>.

Representativa de la atribución de competencia al INSS para calificar la etiología de la lesión constitutiva de incapacidad temporal a

---

<sup>1393</sup> Conviene tener presente que dentro de la doctrina del Tribunal Supremo hay alguna voz discrepante que se manifiesta en voto particular de la Sentencia en cuestión.

<sup>1394</sup> Véase *Instituciones de Seguridad Social...cit.*, p. 189

posteriori del reconocimiento del derecho a la prestación, sin que ello suponga ir contra los actos propios es la STS de 26-I-1998<sup>1395</sup>.

---

<sup>1395</sup> Ar./1055. Ponente: M. SAMPEDRO CORRAL. Esta Sentencia presenta un voto particular que formula el magistrado A. DESDENTADO BONETE, ponente a su vez de una Sentencia anterior del Tribunal Supremo de 8-10-1997 (Ar./7653) en la que fundamentalmente se reconoce la incompetencia del INSS para reconocer el derecho a una prestación cuya gestión ha asumido la Mutua, que fundamenta el voto particular del magistrado. El INSS puede, en definitiva, según el magistrado, rectificar o corregir el reconocimiento del derecho a las prestaciones pero la forma más adecuada de hacerlo es el cauce procesal (vía art. 145 LPL). Por la importancia del tema y de la argumentación jurídica empleada reproducimos el Fundamento de Derecho Segundo de esta Sentencia: " Es cierto, como dice la Sentencia recurrida que el Instituto Nacional de la Seguridad Social carece en principio de competencia para reconocer el derecho a una prestación, cuya gestión se ha asumido en régimen de colaboración por una Mutua de Accidentes de Trabajo (artículo 202.2 LGSS 1974) o en régimen de colaboración voluntaria -llamado impropiaamente aseguramiento- por una empresa (artículo 208.1 LGSS 1974). La asunción del coste de estas prestaciones supone asunción de las facultades en orden al pago y al reconocimiento del derecho y así se reconoce claramente en el artículo 5 de la Orden de 13 de octubre de 1967, a tenor del cual el reconocimiento del derecho al subsidio de incapacidad laboral transitoria corresponde en ese supuesto a la Mutua de Accidentes o a la empresa autorizada para colaborar en la gestión cuando el subsidio se derive de las contingencias que afecte su colaboración. La competencia sobre el reconocimiento del derecho es plena, pues comprende la decisión sobre la concurrencia de todos los requisitos que determinan tanto el acceso a la prestación, como su contenido y el sujeto responsable, sin que pueda sostenerse que queda excluida de esta competencia el establecimiento de la contingencia determinante, pues sin un pronunciamiento sobre ésta no es posible una decisión -positiva o negativa- sobre el derecho. La norma del artículo 1.1 del Real Decreto-ley 36/1978 que atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social la gestión y administración de las prestaciones económicas de la Seguridad Social es una regla general que tiene las excepciones señaladas en relación con la esfera de competencia a favor de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de las empresas autorizadas para la colaboración voluntaria. El artículo 2 del Real Decreto 2609/1982 -como el actual artículo 1 del Real Decreto 1300/1995- contiene una excepción a esta excepción al establecer una competencia general para la declaración de las situaciones de invalidez y el reconocimiento de las prestaciones correspondientes a esta situación como consecuencia de la centralización de la gestión que en esta materia la ley había establecido a través de las Comisiones Técnicas Calificadoras, a las que sucedió el Instituto Nacional de la Seguridad Social, pero en ningún caso puede interpretarse el apartado g) del núm. 1 del artículo 2 del Real Decreto 2609/1982 como una norma que autorice al Instituto Nacional de la Seguridad Social a sustituir a las mutuas y a las empresas en régimen de colaboración voluntaria en las competencias que les son

Esta línea jurisprudencial iniciada por la Sentencia citada de 1998<sup>1396</sup> es continuada por la STS 26-1-1999<sup>1397</sup>, entre otras<sup>1398</sup>, en virtud de la cual impera el principio de oficialidad en la gestión ordinaria

---

propias en prestaciones distintas de la invalidez permanente. El precepto indica claramente que la fórmula general se refiere a funciones y competencias que el Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene atribuidas y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendada, lo que no sucede con las prestaciones de incapacidad laboral transitoria asumidas por la empresa en colaboración voluntaria. Dicho esto hay que indicar, sin embargo, que el problema que aquí se presenta es más complejo, porque lo que ha sucedido es que en la tramitación inicial de la prestación de incapacidad laboral transitoria se ha producido, a juicio del Instituto Nacional de la Seguridad Social, un reconocimiento indebido de esa prestación, pues este organismo, al aceptar la baja por contingencia común y los cargos del pago delegado, ha asumido una prestación que luego ha considerado que no le correspondía por entender que la incapacidad deriva de accidente de trabajo. Estamos, por tanto, no ante una nueva declaración del derecho a una prestación de incapacidad laboral transitoria por accidente de trabajo (esfera de gestión que, como se ha visto, no corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social en este caso), sino ante la revocación del reconocimiento inicial de una prestación por enfermedad común que ha de regirse por el artículo 145 de la Ley de Procedimiento laboral, y que, al no concurrir ninguno de los supuestos que justifican la revisión de oficio, el organismo gestor debería haber ejercitado la acción prevista en el núm. 1 de este artículo."

<sup>1396</sup> En el mismo sentido, incluso en cuanto al voto particular del magistrado A. DESDENTADO BONETE, al que se adhieren en este caso los magistrados M.A. CAMPOS ALONSO, J.M. MARÍN CORREA se pronuncia la Sala en Sentencia de 26-1-1998, Ar./1139. Ponente: A. MARTÍN VALVERDE. En ella los magistrados disidentes de la doctrina común reiteran la competencia de las entidades que han asumido la cobertura de las contingencias en régimen de colaboración y que, por tanto, han asumido el coste de las prestaciones derivadas de aquellas, de reconocer el derecho al subsidio de incapacidad temporal. Desconocer esta la regla general, según estos magistrados, supone "un riesgo grave de confusión en las responsabilidades con un alto coste en términos de duplicación de la gestión, si las gestoras públicas tienen que intervenir también los reconocimientos de las prestaciones que tienen a su cargo las colaboradoras" (FD 1º, Voto particular). Esta tesis discrepa de la mantenida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo establecida en Sentencias de 26-1-1998, ya citadas, según la cual se atribuye la calificación del origen o hecho causante de la lesión generadora de incapacidad temporal a la Entidad Gestora de acuerdo con la legislación vigente.

<sup>1397</sup> Ar.1104. Ponente: J.M. MARÍN CORREA.

<sup>1398</sup> SSTs 22-11-1999 [Ar./8525. Ponente: L. M. MARTÍNEZ GARRIDO]; 19-3-1999 [Ar./3011. Ponente: J. M. MARÍN CORREA]; 12-11-1998 [AR./9742. Ponente: G. MOLINER TAMBORERO].

de la protección por incapacidad temporal, es decir, la prestación se hace efectiva de modo directo y automático conforme al diagnóstico y determinación provisional de la causa de la dolencia efectuada en el parte de baja médica. Esta determinación provisional y automática del hecho causante (para evitar dilaciones que pongan al beneficiario en una situación de desprotección) no es definitiva, es decir, no es obstáculo para que se realice una eventual comprobación médica y jurídica posterior (instada por la parte beneficiada o de oficio por la entidad gestora). Ello equivale a considerar que la determinación de la causa de la lesión o contingencia que genera la prestación "no es un acto de reconocimiento sometido al régimen del art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral a causa de su provisionalidad y de su función exclusiva de garantía de automaticidad de prestaciones"<sup>1399</sup>; por otra parte

---

<sup>1399</sup> Un supuesto de automaticidad de las prestaciones de IT abonadas por la empresa en régimen de pago delegado se plantea en la STSJ Castilla y León/Valladolid, de 29-12-1997 [Ar./5219. Ponente: J. MENDEZ HOLGADO]. La empresa había anticipado las prestaciones por IT derivada de enfermedad común, que luego compensa con cotizaciones a la Seguridad Social. El INSS reclama esas cantidades por entender que no cabe la compensación ya que la enfermedad padecida, calificada en principio como común, es de carácter profesional (dermatitis al contacto con cromo y tiurano), habiendo sido calificada como tal en el expediente de calificación de la incapacidad permanente. La Sala argumenta que no cabe imputar responsabilidad al INSS por la incapacidad temporal -y por tanto no procede la compensación entre cantidades abonadas y cantidades por cotizaciones-, declarando la competencia de la Entidad Gestora a reconocer el origen causal de la dolencia que genera la incapacidad permanente derivada de un proceso previo de incapacidad temporal: [...] "es claro que la resolución del INSS dictada en el ámbito de la competencia que le atribuye la norma invocada, en tanto no fuera dejada sin efecto por quien está legitimado por ello, y no lo está la empresa actora en cuanto empleadora -Sentencia de 14 octubre 1992-, goza de la presunción de legalidad y ejecutividad, con lo cual la dolencia invalidante es la enfermedad profesional, clínicamente manifestada desde el 14 de marzo de 1995, no siendo la prestación de Incapacidad Temporal responsabilidad del INSS a tenor del art. 68.2, b) de la Ley de Seguridad Social, lo que hace desaparecer la causa de compensación con las cotizaciones a la Seguridad Social llevada a cabo por la actora en virtud de pago delegado, y consiguientemente genera el deber de reintegro actuado por las recurrentes, sin que pueda oponerse la teoría de los actos propios, ya que es extraño al ámbito de la gestión de los servicios públicos por parte de la Administración, al estar sometida ésta en su actuación al principio de legalidad, y por ello sustraída a su poder dispositivo, siendo consecuencia obligada el acogimiento del recurso, la revocación del fallo y absolución de las recurrentes".

el art. 145 de la LPL tampoco sería aplicable al caso en cuanto que la calificación como contingencia profesional supone una mayor protección al trabajador que la derivada de contingencia común<sup>1400</sup>. El fundamento último de atribución de competencia al INSS y no a la Mutua para la calificación del origen o hecho causante de la lesión generadora de incapacidad temporal, es la condición de entidad gestora de aquél y de entidad colaboradora de ésta, lo que comporta distintas facultades de uno y de otra, de acuerdo con la legislación vigente<sup>1401</sup>.

La jurisprudencia de los TSJ ha sido vacilante en este tema<sup>1402</sup>, si bien a partir de la doctrina del TS instaurada en las susodichas sentencias

---

<sup>1400</sup> Evidentemente no se perjudica al beneficiario con la revisión de las prestaciones reconocidas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

<sup>1401</sup> Al respecto SEMPERE NAVARRO considera importante destacar la competencia del INSS para declarar la causa de la incapacidad, "de manera que si se ha resuelto que procede de enfermedad profesional la prestación de incapacidad temporal recae sobre la Mutua que asuma la colaboración, sin que en tal caso pueda la empresa proceder a la compensación del subsidio correspondiente con las cotizaciones adeudadas". Véase AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Seguridad Social...cit.*, p. 776.

<sup>1402</sup> Tal disparidad de criterio se pone de manifiesto por la STSJ Extremadura de 27-1-1998 [Ar./183. Ponente: A. GARCÍA-TENORIO BEJARANO], en la que la Sala reconoce que la legislación vigente (RD 1300/1995, Orden 18-1-1996 no deroga el artículo 5 de la OILT, de modo que entre las competencias del INSS que enumera el art. 1 del RD citado no se encuentra el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal ni resulta aplicable el apartado h) cuando atribuye competencia en materias análogas y para prestaciones cuy gestión tiene encomendada. La consecuencia inmediata de lo dicho, según se expone en la mencionada sentencia es que : " Tanto la Mutua como el INSS están facultados únicamente para aceptar su propia responsabilidad e incluso para poder rechazar la solicitud que se les formule por estimar que no deriva de un riesgo cubierto por ellos, pero no lo están para reconocer que la incapacidad temporal deriva de un riesgo cuya cobertura no asumen, lo que dará lugar a que el afectado por dicha decisión pueda impugnarla judicialmente si no fuera de su conformidad". A favor de la competencia de la entidad que cubre la contingencia profesional de IT, se pronuncian las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en las siguientes sentencias: STSJ Asturias de 7-3-1997 [Ar./511. Ponente: M. C. PRIETO FERNANDEZ. FD 2º: "En nuestro ordenamiento jurídico sólo la Entidad que asume el aseguramiento del accidente de trabajo tiene atribuida por la Orden Ministerial 1967, vigente, la competencia, como aseguradora del riesgo, para el reconocimiento y pago de la prestación de incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) debida a accidente laboral [artículos 5, b) y 6.1], también para denegar las prestaciones en esos casos (artículo 20 y siguientes). De este modo, la Mutua puede denegar

no cabe la discrepancia sobre la competencia del INSS para calificar la causa común o profesional de la dolencia.

---

inicialmente el reconocimiento de la situación sin estar vinculada por la resolución del INSS, que en realidad carece de competencia para dictarla. Tanto la Mutua como el INSS están facultados únicamente para aceptar su propia responsabilidad e incluso para poder rechazar la solicitud que se les formule por estimar que no deriva de un riesgo cubierto por ellos, pero no lo están para reconocer que la incapacidad temporal deriva de un riesgo cuya cobertura no asumen, lo que dará lugar a que el afectado por dicha decisión pueda impugnarla judicialmente si no fuera de su conformidad"]. En sentido contrario, esto es, reconociendo la competencia del INSS como Entidad Gestora para calificar la causa de la incapacidad temporal se pronuncian los TSJ de Navarra en Sentencia de 30-9-1996 [Ar./3347. Ponente: V. CUBERO ROMEO] y del País Vasco en Sentencias de 8-4-1997 [Ar./1438. Ponente: M. IRURETAGOYENA ITURRI] y 15-4-1997 [Ar./1441. Ponente: I. ALVAREZ SACRISTÁN]. La Sala de lo Social del TSJ de Navarra argumenta que : "si bien es cierto que la Orden 13 octubre 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social, en el artículo 5, intitulado reconocimiento del derecho, dispone que corresponderá: a) Al Instituto Nacional de Previsión -hoy INSS- cuando sea derivada de enfermedad común, maternidad o accidente no laboral; b) A la Mutualidad Laboral correspondiente o Mutua Patronal, en su caso, cuando sea derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional; y c) A las empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, cuando se derive de las contingencias a que afecte su colaboración; *no puede inferirse de ello, la no competencia del INSS para dictar una resolución administrativa, declarando que el origen de la contingencia no es de enfermedad común, sino de accidente de trabajo o enfermedad profesional.* Téngase en cuenta, por lo demás, que una cosa es el reconocimiento del derecho y otra la facultad administrativa para poder dictar resolución de este carácter, reconociendo o negando aquel derecho, con la posibilidad de ser impugnada en vía administrativa y, eventualmente, judicial. Pues equiparar reconocimiento y poder o facultad de dictar resolución «administrativa», sería tanto como erigir a las Mutuas Patronales y a las empresas individuales en órganos revestidos de «imperium», potestad reservada única y exclusivamente a la Administración, que en este caso ha de tratarse de la propia Seguridad Social".

7.3.2.3. Delimitación de responsabilidad cuando la enfermedad se diagnostica con posterioridad a la exposición del riesgo de enfermedad profesional y existe un cambio de entidad aseguradora.

Una de las cuestiones interesantes en materia de responsabilidad derivada de la enfermedad profesional se refiere al supuesto muy habitual en la práctica de determinación de la MATEPSS responsable cuando la enfermedad profesional se diagnostica y desarrolla con posterioridad a la actividad con riesgo de provocarla. Una vez que el trabajador ha cesado en su trabajo puede aflorar la enfermedad profesional, dando lugar a prestaciones de incapacidad, ya sea temporal o permanente. En caso de incapacidad permanente no hay problema de delimitación del sujeto responsable, puesto que será en cualquier caso el INSS, tal y como se ha determinado en un epígrafe precedente. No obstante, cuando se trata de una incapacidad temporal es la Mutua o el empresario como entidad colaboradora la que asume las prestaciones derivadas de la misma, si el empresario ha optado por cubrir las contingencias profesionales a través de esa modalidad. En ese caso puede ser que en el momento de diagnosticar la enfermedad y reconocer el derecho a la prestación de IT (ya sea incapacidad temporal propia o impropia, es decir, la que deriva del período de observación) sea otra Mutua la que haya asumido la protección de la IT por contingencias profesionales. ¿cuál es la Mutua responsable? ¿aquella que cubría los riesgos profesionales en el momento en que el trabajador prestaba servicios? O bien ¿aquella con la se aseguran esos riesgos en el momento de diagnosticar la enfermedad y reconocer las consiguientes prestaciones?

Sería lógico considerar como respuesta más adecuada y justa en materia de prestaciones derivadas de enfermedad profesional la atribución de responsabilidad a la MATEPSS que aseguraba el riesgo en el momento en que el trabajador estaba expuesto al riesgo de enfermedad profesional. Pese a que la enfermedad se diagnostica tras el cese, se contrae cuando había una exposición a riesgos profesionales en una actividad anterior por lo que debe ser la entidad que cubría la contingencia profesional la que asuma la prestación.

No obstante si se trata de una incapacidad permanente el cambio de entidad aseguradora no tiene consecuencias en cuanto a la imputación de responsabilidad ya que siempre asume las prestaciones el

INSS. Solamente adquiere relevancia el cambio de entidad aseguradora en cuanto a las prestaciones de incapacidad temporal y prórroga del período de observación que asume la Mutua.

Al respecto la jurisprudencia ha venido considerando que la enfermedad diagnosticada después de haber cesado en la actividad con riesgo profesional debe presumirse que fue contraída con ocasión de los trabajos anteriormente realizados, aunque se circunscribe a un tipo de enfermedad profesional, la silicosis.

Así la Sentencia TS 26-7-1993<sup>1403</sup> recuerda que la doctrina de la Sala relativa a la incapacidad permanente derivada de silicosis presume la relación entre la actividad en el sector de la minería con riesgo de silicosis y la enfermedad diagnosticada años después:

TERCERO.-Como ya resulta de lo expuesto, la Sala, con ocasión de resolver anteriores recursos de casación para la unificación de doctrina en los que se planteaba análoga cuestión que la ahora debatida, ha sentado línea jurisprudencial consolidada, manifestada, entre otras, en sus SS. 19 junio, 16 octubre y 15 noviembre 1991, 15 enero, 12 marzo y 21 mayo 1992. Procede reiterar tal doctrina, dando aquí por íntegramente reproducidos sus fundamentos. Conforme a tal línea jurisprudencial, interpretativa del art. 22 de la Orden Ministerial de 3-4-1973, no es obstáculo a la concesión de la jubilación solicitada que la invalidez permanente total previamente reconocida lo haya sido en el Régimen General, cuando esta última situación derivare de silicosis contraída con ocasión de anteriores trabajos realizados en el sector de la minería de carbón, con encuadramiento en el correspondiente Régimen Especial. Igualmente declara la jurisprudencia citada, partiendo de que la silicosis es una enfermedad irreversible de muy lenta evolución que muy frecuentemente se manifiesta tiempo después de haberse dejado de trabajar en actividad con alto riesgo al respecto, que cuando aparece dicha enfermedad, mediando tales antecedentes laborales, en época en la que se presta servicios en sector distinto, se ha de presumir que fue contraída con ocasión de los trabajos anteriormente realizados en la minería del carbón"<sup>1404</sup>.

No obstante, conviene no perder de vista que la citada doctrina tiene relevancia en el ámbito del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente de los trabajadores aquejados de silicosis, a

---

<sup>1403</sup> Ar./5981. Ponente : R. MARTÍNEZ EMPERADOR.

<sup>1404</sup> En el mismo sentido STS 14-6-1993 [Ar./4671. Ponente: A. FERNÁNDEZ LÓPEZ].

quienes se les detecta la enfermedad cuando realizan actividades por cuenta ajena, que determinan su inclusión en el Régimen General. En estos casos es lógico relacionar la patología diagnosticada con la actividad minera y su encuadramiento en el Régimen Especial de la Minería del Carbón de antaño.

Pero el supuesto que se plantea de cambio de aseguradora, de Mutua, por parte del empresario es distinto, porque tiene ver con la imputación de responsabilidad de las prestaciones que pueden recaer sobre aquella entidad colaboradora. La determinación de la Mutua responsable cuando se diagnostica una enfermedad profesional que da lugar a prestaciones que entran dentro del ámbito de responsabilidad de la Mutua es el aspecto que interesa conocer y no la fecha del hecho causante que sirve para determinar la cuantía de la pensión de incapacidad permanente cuando la enfermedad se diagnostica estando el trabajador en situación de inactividad laboral<sup>1405</sup>.

Se plantea si es posible aplicar la doctrina del TS que respecto a la determinación del hecho causante a efectos de mejoras voluntarias cuando el trabajador tiene el contrato extinguido en el momento de declararse la contingencia. La Sala consideraba, en principio, como hecho causante de las situaciones de invalidez permanente por enfermedad profesional al momento en que se generó el proceso

---

<sup>1405</sup> En este último supuesto es aplicable la doctrina del TS establecida en Sentencia 20-12-1972 respecto a la enfermedad profesional de silicosis, que puede detectarse cuando el trabajador ya ha cesado en la actividad peligrosa por causa de jubilación o cualquier otra, de modo que la fecha del diagnóstico de la enfermedad es la que se toma como referencia para determinar el hecho causante y para calcular la cuantía de la prestación. Esta doctrina es aplicable a otras enfermedades profesionales tal y como recuerda la Sala de lo Social del TSJ Cataluña en Sentencia de 24 de mayo de 1997 [Ar./1964. Ponente: L. J. ESCUDERO ALONSO], que resuelve un supuesto de reconocimiento de la pensión de invalidez permanente absoluta por enfermedad profesional asbestosis tras la situación de jubilación: [...] Por consiguiente, y en contra del principio y doctrina general consistente en la imposibilidad de poder ser declarado inválido permanente cuando ya se está previamente jubilado, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial referenciada que admite dicha posibilidad cuando se trata, en particular de la enfermedad profesional de silicosis, posibilidad que ha de ser extendida a la enfermedad profesional de autos, la asbestosis, producida por el contacto con el amianto y recogida expresamente en el Cuadro de Enfermedades Profesionales [...]."

patológico. Esta doctrina recogida en las Sentencias de 31-5-1985<sup>1406</sup>, 28-11-1986<sup>1407</sup>, 11-6-1987<sup>1408</sup> después fue modificada tal y como reconoce la Sala en Sentencia 20 de abril de 1994<sup>1409</sup>, de manera que para identificar la entidad de seguros privados responsable en caso de sucesión de varias es preferible, según el Tribunal Supremo, fijar la fecha del hecho causante de la invalidez permanente, si no existe una especificación en el acto o norma de implantación de prestaciones complementarias de Seguridad Social, en la fecha de la declaración de invalidez en el ámbito de la Seguridad Social básica, o lo que es lo mismo, la fecha del dictamen de la UVM1 o de la configuración de lesiones como permanentes e invalidantes<sup>1410</sup>. La Sala considera que este criterio de determinación de responsabilidad es preferible porque aporta mayor seguridad al tráfico jurídico, permitiendo atribuir las responsabilidades de prestaciones complementarias e identificar con facilidad a las entidades aseguradoras responsables<sup>1411</sup>.

---

<sup>1406</sup> Ar./2597.

<sup>1407</sup> Ar./6526.

<sup>1408</sup> Ar./4337.

<sup>1409</sup> Ar./3265. Ponente: A. DESDENTADO BONETE.

<sup>1410</sup> De conformidad con el FD 3º: "Este es el criterio que debe prevalecer, con carácter general para las responsabilidades derivadas de mejoras voluntarias de prestaciones de invalidez permanente, en casos como el aquí enjuiciado, en que el efecto invalidante de una enfermedad profesional latente (y lógicamente la solicitud de prestación de mejora voluntaria de Seguridad Social) sobrevienen después del cese del trabajador en la empresa por motivos distintos de la situación de invalidez, y mediando un intervalo en el que tal situación de incapacidad previsiblemente irreversible no concurría.". En el mismo sentido véase SSTs 26-11-1991 [Ar./8274. Ponente: ], 22-4-1993 [Ar/6311. Ponente: R. MARTÍNEZ EMPERADOR. FD 2º: "el hecho causante de la invalidez permanente derivada de enfermedad profesional, a los efectos de lucrar mejora voluntaria establecida al respecto por convenio colectivo, es aquella en que se produce el reconocimiento de dicha invalidez"], 9-7-1994 [Ar./6357. Ponente: P.M. CACHON VILLAR], 23-10-1995 [Ar./7865. Ponente: J. A. SOMALO GIMÉNEZ].

<sup>1411</sup> Esta doctrina es aplicable aunque el trabajador haya cesado en el trabajo con motivo de la incapacidad permanente, de acuerdo con la argumentación de la Sala en Sentencia de 30-6-1994 [Ar./5506. Ponente: L. GIL SUÁREZ], en la que el beneficiario de una IPT solicita una IPA, y habiéndole sido reconocida solicita la prestación complementaria pretendiendo que se fije como fecha del hecho causante la del cese en la empresa: FD 3º: "Es claro, por tanto, que esta doctrina que se acaba de

Trasladando esta doctrina al supuesto que nos ocupa, con el que presenta una gran similitud, dado que, en definitiva es un problema de determinación de la entidad aseguradora responsable cuando la enfermedad se diagnostica con posterioridad al cese en la actividad generadora del riesgo, cabe pensar que será aquella entidad que asegura el riesgo en el momento de declarar la incapacidad. La ventaja sería como expone el Supremo facilitar la identificación de la mutua responsable. Por el contrario los inconvenientes a la aplicación de esta teoría son evidentes si tenemos en cuenta que el trabajador aquejado de enfermedad profesional puede estar realizando trabajos por cuenta de otro empresario exentos de riesgo de enfermedad profesional, haciendo de peor condición a este último y beneficiando a aquél empresario que le dio ocupación en un puesto de trabajo con riesgo. La Mutua del último empresario no debería asumir las consecuencias de una enfermedad profesional que, si bien se diagnostica en el momento de trabajar por cuenta ajena en la empresa que tiene cubiertas contingencias profesionales con aquella Mutua, ha sido causada por una actividad anterior, desarrollada por cuenta de un empresario anterior y protegida por una entidad aseguradora anterior.

No obstante, las consecuencias no son tan drásticas porque es el INSS el que asume la responsabilidad de las prestaciones por incapacidad permanente. Por consiguiente, sea cual sea el empleador para el que trabaje el enfermo, el reconocimiento de la prestación y la responsabilidad de ésta recae en el INSS. En caso de que el empresario haya incumplido sus obligaciones en materia de afiliación/alta, cotización será responsable de las prestaciones, y en ese sentido, sí que tiene repercusión la imputación de responsabilidad al empresario infractor, que pese a tal incumplimiento responderá por prestaciones de

---

reseñar, contenida en las Sentencias de esta Sala de 20 abril 1994, ha de ser aplicada al caso de autos para dar solución a los problemas que en él se plantean. Sin que constituya obstáculo alguno para llevar a cabo tal aplicación el hecho de que, en el presente supuesto, el cese del demandante como trabajador de la empresa demandada, acaecido el 31 de mayo de 1986, hubiese sido debido a la resolución del INSS que lo reconoció en situación de incapacidad permanente total derivada de asbestosis, y que posteriormente esta dolencia se agravase, dando lugar a la oportuna revisión, en virtud de la cual se le declaró afecto de incapacidad permanente absoluta causada por ese padecimiento profesional con efectos de 1 de enero de 1989[.].”

incapacidad permanente derivada de una enfermedad profesional adquirida en otro ambiente de trabajo.

Siguiendo con este planteamiento si se formaliza la cobertura de la contingencia profesional con una Mutua de forma correcta, sin que el empresario haya incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social la responsabilidad recae en la entidad aseguradora que va a responder de las prestaciones de incapacidad temporal y período de observación aunque no se haya adquirido la enfermedad en la última empresa en la que trabajó cuando se detecta la enfermedad profesional.

Pese a que la doctrina del TS ha unificado el criterio en torno a la determinación del hecho causante de las mejoras voluntarias cuando derivan de una enfermedad profesional (rige el mismo criterio para determinar el hecho causante en las prestaciones mínimas y en las mejoras voluntarias) no se ha pronunciado sobre este aspecto que es de gran importancia porque tiene efectos en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Por todo lo dicho, parecería más adecuada la solución que se fundamenta en la atribución de responsabilidad al empresario o a la Mutua aseguradora en el momento en que se contrajo la enfermedad y no en el momento en que se diagnostica y se reconoce la prestación correspondiente. Pero teniendo en cuenta la contribución de las Mutuas a los recursos de la TGSS por enfermedad profesional no resulta desacertado aplicar la solución contraria, a saber: la Mutua que cubre la contingencia en el momento del hecho causante de la prestación será la que asuma la responsabilidad de las prestaciones, sea o no sea su ocupación actual la generadora de la enfermedad profesional.

#### 7.3.2.4. Situación de recaída de la patología inicial: imputación de responsabilidad.

En este epígrafe se pretende abordar la problemática que genera la recaída de una enfermedad profesional cuando el proceso patológico aflora de nuevo tras un período de actividad. Esa situación puede sobrevenir estando el trabajador en activo (está en alta) como si el trabajador se halla inactivo, en paro involuntario subsidiado (percibe una prestación de desempleo) o paro involuntario que subsiste tras las

prestaciones o sin que haya derecho a la prestación de desempleo (puede ser beneficiario de un subsidio asistencial).

Con anterioridad al estudio de las citadas cuestiones será necesario partir del concepto de recaída que como señala el art. 128.2 TRLGSS computa dentro del período máximo de duración de la incapacidad temporal<sup>1412</sup>. Conviene tener presente que la Ley no define lo que se entiende por recaídas a diferencia de lo que ocurre con el período de observación, tal y como la Resolución de 31 de julio de 1968 de la Dirección General de Previsión pone de manifiesto: "la Ley no ha determinado, en cambio lo que haya de entenderse por periodo de recaída, por considerar, sin duda, que se trataba de un concepto médico, cuyo significado, por su habitual y normal empleo en la vida cotidiana, era comprensible por cualquiera, sin necesidad de definirlo, lo que no ocurre con la expresión periodo de observación, que se convierte en un concepto legal, y no vulgar, desde el momento que la Ley lo circunscribe, con carácter exclusivo, a las enfermedades profesionales" .

Como es sabido si se interrumpe el proceso de incapacidad temporal por periodos de actividad laboral superiores a seis meses se inicia un nuevo proceso, mientras que si es un periodo inferior y es el mismo proceso patológico se entiende que ha habido una recaída y por lo tanto se suman los días de baja por IT. No obstante, si el motivo de la baja es otro proceso distinto aunque la interrupción de la baja médica por un proceso de actividad laboral no supere los seis meses no se puede hablar de recaída<sup>1413</sup>.

---

<sup>1412</sup> En el mismo sentido art. 9 de la Orden de 13-10-1967 que regula la prestación por incapacidad laboral transitoria

<sup>1413</sup> La Resolución de 31 de julio de 1968 citada entiende que la recaída "no cabe en entenderla en el sentido de que todo proceso patológico que se produzca antes de que hayan transcurrido seis meses de reanudación de actividad laboral debe considerarse como continuación del anterior, y computarse a tal efecto, tanto si está motivado por la misma enfermedad como si tiene su causa en otra distinta, porque ese supuesto no puede considerarse como recaída –máxime si se tiene en cuenta que, llevada tal interpretación a sus últimos términos, habría que entender que existía también recaída si el curado de una enfermedad sufría un accidente de trabajo-, y porque estimarlo así supondría, además, mermar, en perjuicio de los beneficiarios, el derecho que la Ley viene a reconocerles de que, si la nueva dolencia no implica una recaída, se inicie el cómputo de otro periodo de incapacidad laboral

La doctrina jurisprudencial del TS es rotunda en este sentido, considerando que no cabe la acumulación de diferentes periodos de incapacidad interrumpidos por actividad laboral inferior a seis meses cuando se trata de enfermedades o dolencias diferentes. La Sentencia del TS de 8 de mayo de 1995<sup>1414</sup> resume magníficamente esa doctrina:

---

transitoria. [...] A tal efecto se entenderá por periodo de recaída, en tanto que no se establezca una determinación legal del mismo y con la limitación temporal que se indica a continuación, el derivado de las aceptaciones que de "recaídas" y "recaer" da el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, al considerar la primera como "acción y efecto de recaer" y lo segundo como "caer nuevamente enfermo de la misma dolencia el que estaba convaleciendo o había recobrado ya la salud. Si el trabajador, que se encontraba en la situación de incapacidad laboral transitoria, recobrase su capacidad para el trabajo y ejerciese una actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, no se entenderá que existe recaída, aunque vuelva a quedar incapacitado temporalmente para el trabajo a causa de la misma o similar enfermedad y se iniciará, por tanto, un nuevo periodo de incapacidad laboral transitoria [...]".

<sup>1414</sup> Ar./3755. Ponente: M. SAMPEDRO CORRAL. Aplica esta doctrina del TS el TSJ Cataluña en Sentencia de 2-7-1999 [Ar./3422. Ponente: F. SOLER FERRER], según la cual no puede considerarse recaída la aparición de la enfermedad tras agotar el período máximo de dieciocho meses de la IT y habiendo sido dado de alta médica tras ese período por curación, pese a manifestarse el mismo proceso morboso dentro del plazo de seis meses: "[...] Conforme a la doctrina expuesta es claro, y resulta por otra parte indiscutido, que el segundo proceso es acumulable al anterior. Y este primer proceso se había extinguido por transcurso del plazo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, si bien al actor se le había prorrogado el subsidio en aplicación del artículo 131 bis.2 LGSS. Extinguida la prórroga, y por ende la percepción del subsidio por causa del alta médica, la nueva baja acumulable a la anterior no puede determinar la continuación del subsidio, por cuanto al haberse agotado el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal (18 meses) se ha extinguido el derecho al subsidio (artículo 131 bis LGSS), y desde luego la pretensión de que la nueva baja abra de nuevo la prórroga de efectos económicos del subsidio carece de cualquier cobertura legal". También el TSJ Andalucía/Sevilla en Sentencia de 11-2-1998 [Ar./5418. Ponente: P. BRAVO GUTIERREZ] : 1) Cuando el trabajador que se encuentra en situación de incapacidad laboral transitoria recobra su capacidad para el trabajo exteriorizada en una actividad laboral inferior a seis meses, cada proceso que se abra en virtud de la misma enfermedad tiene efectos acumulativos para el cómputo del plazo máximo legal, en base a la combinación del elemento temporal y del elemento causal, considerándose el nuevo proceso como una continuación o prolongación del anterior, en concepto de periodos de recaída y observación a que se refiere el mentado artículo 126.2, habida cuenta de que el término recaída significa patológicamente la reaparición de

TERCERO.- [...] Así pues, parece desprenderse de la Ley:

Que si el trabajador que se encuentra en situación de incapacidad laboral transitoria recobra su capacidad para el trabajo por tiempo superior a seis meses no se entiende que existe «recaída», aunque vuelva a quedar incapacitado a consecuencia «de la misma o similar enfermedad». En este caso, el simple transcurso del tiempo, que se concreta en un plazo superior a seis meses de actividad laboral seguida de incapacidad laboral, produce automática y mecánicamente la consideración de ésta como nuevo reconocimiento y no prolongación de la anterior, cualquiera que sea la naturaleza y etiología de la enfermedad.

Que en el cómputo de dicho período máximo incluirá los sucesivos períodos en los que el trabajador recaiga enfermo de la misma dolencia, siempre que entre un período y el siguiente no transcurra un plazo superior a seis meses. A «sensu contrario» debe entenderse que no procede la acumulación cuando la causa de la incapacidad obedezca a una enfermedad distinta. Este doble parámetro -temporal y causal- para el cómputo del período máximo deriva de los siguientes argumentos:

1. El artículo 126.2 computa los períodos de «recaída y observación», y es claro que el término «recaída» obedece al significado de caer nuevamente enfermo de la misma dolencia, a quien estaba convaleciendo o habría recobrado su salud.

2. La norma de desarrollo contenida en el artículo 9 de la Orden de 1967 no contraría -ni por el principio de jerarquía normativa, protegido en el artículo 9 de la Constitución pudiera hacerlo- la disposición legal, sino que, de contrario, lo que pretende es poner fin a una reconocida situación de incapacidad laboral que, por su naturaleza, es limitada

---

una enfermedad durante la convalecencia de la misma e incluso después de transcurrido un período de salud (recidiva), sin que se produzca una nueva situación protegida, y ello con las consecuencias jurídicas obligadas y lógicas de permanecer intacto el hecho causante de la contingencia. 2) Cuando la actividad laboral es superior a seis meses no se entiende que exista recaída, aunque vuelva a quedar incapacitado con motivo de la misma o similar enfermedad, resultando decisivo y excluyente el momento temporal, de manera que el simple transcurso del tiempo, que se concreta en un plazo superior a seis meses de actividad laboral, seguida de incapacidad laboral transitoria, produce automática y mecánicamente la consideración de ésta como nuevo reconocimiento y no prolongación de la anterior, cualquiera que sea la naturaleza y etiología de la enfermedad; y 3) Cuando la actividad laboral es también inferior a seis meses, pero el proceso de incapacidad laboral transitoria se origina en virtud de una dolencia diferente, aquél se configura como proceso independiente del anterior, de modo que no cabe la acumulación del correspondiente período de incapacidad temporal al que quedó interrumpido por razón de prevalecer el elemento causal».

legalmente, y de ahí que acuda al elemento temporal para determinar que superados los seis meses de actividad la nueva incapacidad abriría siempre una nueva situación protegida; y a pesar de ello, la norma sigue recordando la pervivencia del elemento causal, al indicar que el efecto se produce aunque «se trate de la misma o similar enfermedad».

3. Lo anteriormente expuesto, permite concluir que el principio general establecido en la ley es que solamente las enfermedades de la misma naturaleza producen, en sus sucesivas recaídas, la acumulación de los períodos correspondientes, a los efectos de determinar la duración máxima de la incapacidad laboral, resultado acumulativo que nunca alcanzan las dolencias clínicamente diferentes; si bien, a nivel reglamentario, se establece un índice corrector del legalmente asumido, en virtud del cual aun tratándose de idéntica enfermedad, si entre una y otra situación incapacitante media una actividad laboral superior a seis meses, no se entiende que existe recaída.

4. En definitiva, pues, el texto literal de las normas expuestas permite distinguir, a efectos de acumulación de los períodos sucesivos de incapacidad interrumpidos por la actividad laboral, un doble criterio:

a) Cuando esta actividad es superior a seis meses, el elemento temporal es decisivo y excluyente.

b) Cuando la repetida actividad es inferior a seis meses, cada proceso que se abre en virtud de una diferente enfermedad es independiente, por lo que al preponderar el elemento causal no cabe la acumulación.

c) Naturalmente que la afirmación hecha en el anterior apartado no excluye, mecánicamente, que las distintas afecciones no puedan responder a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones.

En el caso de la enfermedad profesional la doctrina general sobre las recaídas no presenta particularidades, al tratarse de un supuesto que incide de forma general en cualquier contingencia de la que deriva la IT, a diferencia de lo que ocurre con el período de observación, que es propio y exclusivo de la enfermedad profesional. Habrá que estar, por tanto, a considerar si se trata de la misma dolencia o proceso patológico y al período de interrupción del período de incapacidad por la actividad laboral. No obstante, se plantea si lo determinante es que se manifieste de nuevo la misma enfermedad o dolencia, pese a que el cuadro clínico que presenta el enfermo es distinto. Por ejemplo las enfermedades causadas por radiaciones ionizantes pueden manifestarse en varios cuadros clínicos según la ORM1965, a saber: cuadros agudos

accidentales (astenia, fiebre, signos cutáneos y mucosas, agranulocitosis, anemia y tromopenia) y cuadros crónicos (dermitis atrófica, ulcerosa o cancerosa, inflamaciones o ulceraciones de las mucosas, catarata, leucosis leucémica, cáncer de pulmón). Teniendo en cuenta que el concepto de recaída no está definido en ninguna norma (ni el TRLGSS ni las normas reglamentarias de desarrollo lo definen) será el criterio médico el que se utilice para saber si se trata del mismo proceso patológico, aunque el cuadro clínico es distinto al de origen. Por tanto, será el dictamen médico, a falta de una regulación de la recaída, el que determine si se trata de una misma patología.

Así las cosas podemos hablar de recaída en un doble sentido: médico y legal. En el primero la recaída es la reaparición de los síntomas de una enfermedad cuando el enfermo parecía estar recuperado<sup>1415</sup>. En un sentido legal del término la recaída es aquella situación que se configura por dos elementos uno temporal y otro causal como reconoce el TS en Sentencia citada más arriba. De tal manera que hay que hablar de recaída si el proceso patológico reincide dentro de un período inferior a seis meses desde que se encuentre en activo el trabajador<sup>1416</sup>.

---

<sup>1415</sup> La recaída o recidiva tiene ese significado o también el de recurrencia de una enfermedad después de una recuperación aparente, según el *Diccionario Médico Océano Mosby*, Barcelona, (Océano Editorial), 1ª edición, 1996.

<sup>1416</sup> Una de las consecuencias de la existencia de recaída es que la fecha del hecho causante de la prestación será la fecha del accidente o cuando se manifiesta la enfermedad de modo que debe acreditarse en ese momento y no después (cuando sufre la recaída) el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para acceder a la prestación (STSJ Andalucía/Málaga de 9-12-1998, Ar./4642. Ponente: V. MARTÍN GONZÁLEZ). Efectivamente como dice el mismo TSJ de Andalucía (Sala de Sevilla) en Sentencia de 11-2-1998 [Ar./5418. Ponente: P. BRAVO GUTIERREZ]: "el término recaída significa patológicamente la reaparición de una enfermedad durante la convalecencia de la misma e incluso después de transcurrido un período de salud (recidiva), sin que se produzca una nueva situación protegida, y ello con las consecuencias jurídicas obligadas y lógicas de *permanecer intacto el hecho causante de la contingencia*". Igualmente la STSJ País Vasco de 11-5-1999 [Ar./2140. Ponente: M. DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR] señala que la regla general para acreditar los requisitos exigidos para acceder a la prestación de IT deben acreditarse en el momento del hecho causante: "el momento clave para reunir el requisito de alta es el de inicio de la situación de incapacidad temporal que se quiere proteger económicamente con la prestación solicitada, pues constituye el hecho causante de la misma y el que sirve de punto de referencia para determinar si se reúnen los requisitos para causar derecho

Si aflora la misma enfermedad transcurridos los seis meses de actividad no cabe hablar de recaída desde un punto de vista legal aunque sea médicamente hablando el mismo proceso patológico, será una recaída en su acepción médica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 de la Orden de 13-10-1967<sup>1417</sup>: "si el proceso de incapacidad laboral transitoria (IT, en la actualidad) se viere interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad"<sup>1418</sup>.

Evidentemente este período de tiempo de seis meses es importante para calificar la recidiva como recaída y, en consecuencia,

---

a la prestación, calcular la cuantía de la prestación y fijar el responsable de su pago" (FD 1º). En sentido contrario, aplicando la doctrina del TS (Sentencia de 24-11-1998. Ar./10031) se pronuncia el TS] en Sentencia [Ar./2465. Ponente: M.T. MONASTERIO PEREZ] para reconocer el derecho a la prestación de IT, teniendo en cuenta que el hecho causante se corresponde con la fecha de la segunda baja (en la que acredita las cotizaciones exigidas) y no de la inicial (no reúne el requisito de carencia), ya que no cabe confundir reconocimiento del derecho y duración de la prestación: "[...] Distinción e interpretación que sería más conforme al artículo 41 de la Constitución Española y al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas en orden al reconocimiento de las prestaciones sustitutorias de rentas de la Seguridad Social. Resultaría contrario a este principio y al de proporcionalidad, consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de Incapacidad Temporal por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, tal defecto inicial se prolonga indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplidos los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales, deben ser interpretados de forma restrictiva (SSTS 9 junio 1997) y, en el caso examinado, ninguna norma existe que prohíba acceder al reconocimiento de una situación de Incapacidad Temporal, a quien en la fecha de la última baja por enfermedad que le origina impedimento para trabajar, cumple con el requisito de carencia que no cubrió en una anterior fecha de baja por la misma dolencia».

<sup>1417</sup> Que regula la prestación por Incapacidad Laboral Transitoria (hoy, IT) en el Régimen General de la Seguridad Social y que se mantiene en vigor pese a las modificaciones introducidas en la materia por la LGSS. BOE 4-11.

<sup>1418</sup> "El precepto reglamentario reproducido dice de manera inequívoca que el intervalo de actividad superior a seis meses da lugar a la iniciación de un nuevo período de incapacidad subsidiada", según la interpretación del TS (Sentencia de 1-2-1999, Ar./1143. Ponente: A. MARTÍN VALVERDE).

computar ese período dentro del período máximo de incapacidad temporal.

En materia de enfermedad profesional es habitual la manifestación tardía de los síntomas de la misma, habiendo estado el trabajador en contacto con sustancias o en un ambiente con riesgo de provocar aquélla. Puede ser un supuesto común que la enfermedad manifestada o diagnosticada aparezca después de un período de tiempo de actividad incluso puede sobrevenir desde una situación de inactividad, cuando se ha extinguido el contrato de trabajo.

En el primer caso, estando el trabajador en activo la manifestación del mismo proceso patológico tras un período de seis meses, no dará lugar a una recaída, legalmente hablando, sino que se iniciará un nuevo período de IT. Si el trabajador se halla en ese momento al servicio de otra empresa, en la que no existe riesgo - suponiendo que haya extinguido el contrato con la anterior y realice actividades en empresa distinta- de enfermedad profesional, la responsabilidad recae en la entidad aseguradora en el momento de producirse el hecho causante, que será en el momento de diagnosticarse la enfermedad. Habiendo transcurrido más de seis meses de actividad no puede imputarse al primer empresario o entidad aseguradora que cubre la contingencia de enfermedad profesional en un primer momento. Por el contrario si el período de tiempo transcurrido desde el último proceso patológico no ha sido superior a seis meses se entiende que ha habido una recaída y se acumulan a los días de baja del proceso anterior. En ese caso será responsable de la prestación la Entidad Gestora que cubría la contingencia profesional cuando sobrevino el hecho causante inicial, aunque el empresario haya variado de entidad gestora como si ha variado de empresa el trabajador<sup>1419</sup>. En este sentido véase la STSJ Cataluña de 15-7-1993,<sup>1420</sup> que imputa responsabilidad a la Mutua que cubría la contingencia de accidente de trabajo en la fecha del accidente y de la primera baja<sup>1421</sup>.

---

<sup>1419</sup> Vid. Sobre el tema de las recaídas en J.I. GARCÍA NINET en op. cit., pp. 1210-1211.

<sup>1420</sup> Ar./3577. Ponente: M. T. OLIETE NICOLÁS.

<sup>1421</sup> SEGUNDO.-[...] y por último la infracción del art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13-10-1967, que va a seguir el mismo destino que el anterior pues dicho artículo regula la duración del derecho a la prestación del subsidio por ILT, indicando que si

No obstante, se plantea el supuesto de una recaída, desde un punto de vista legal, estando el trabajador inactivo. Es decir, pese a no haber transcurrido un plazo de seis meses desde el proceso patológico anterior, la enfermedad se manifiesta de nuevo, pero se ha extinguido el contrato en ese segundo momento. Puede ocurrir en ese caso que se encuentre en una situación de paro subsidiado o de paro involuntario sin derecho a prestaciones o con derecho únicamente a la prestación del nivel asistencial. Desde la situación de desempleo siendo preceptor de una prestación del nivel contributivo se puede acceder a la prestación de IT. Por consiguiente, habrá que estar al período de tiempo transcurrido (elemento temporal) y a la etiología o causa de la enfermedad o dolencia (elemento causal) en los términos propios de la doctrina del TS para determinar la existencia de recaída. Cuestión distinta es si la situación de paro involuntario no se identifica con una situación legal de desempleo porque el beneficiario no tiene derecho a prestaciones contributivas. En ese caso no se puede acceder a la situación de Incapacidad Temporal y, por tanto, no se puede hablar de recaídas.

---

un proceso de ILT se ve suspendido por un período superior a seis meses, dará lugar a que se inicie de nuevo el cómputo de duración del mismo, iniciando un nuevo proceso el ILT, aunque se trate de la misma o similar enfermedad; pero no excluye la consideración de que la nueva baja sea, como en el supuesto de autos, una recaída por las secuelas del accidente de trabajo ocurrido el 28-1-1988, y por lo tanto, queda aún abierta la responsabilidad de la Mutua recurrente, que era la que en la fecha del accidente y de la primera baja respondía para la empresa «Construcciones Fapert SA», de los riesgos del accidente laboral; y debe responder también de las sucesivas bajas que sufra el actor como consecuencia de ese evento dañoso, por ser el 28-1-1988 la fecha del hecho causante que determina la responsabilidad de tal Mutua, y por lo tanto, también de la baja desde el 12-12-1990, consideraciones que conllevan a la estimación en parte del recurso. Asimismo sobre imputación de responsabilidad de la Mutua, habiendo un cambio de entidad aseguradora, en caso de recaída de un accidente de trabajo, aunque no aplica la teoría de la fecha del accidente, es la del TSJ Cantabria de 4-1-1994 [Ar./4. Ponente: R. LÓPEZ-TAMES IGLESIAS].

### 7.3.2.5. Revisión de la incapacidad permanente

Sin perjuicio de lo dicho en otro lugar<sup>1422</sup>, con arreglo a la Ley General de Seguridad Social la revisión de las prestaciones de incapacidad permanente por enfermedad profesional pueden ser revisadas por agravación<sup>1423</sup>, mejoría o error diagnóstico. Este hecho supone que una pensión de incapacidad permanente puede verse alterada por la concurrencia de otras lesiones de origen diverso, y en consecuencia, alterar el régimen de imputación de responsabilidad inicial. Hay que tener en cuenta que la revisión<sup>1424</sup> puede instarse en cualquier momento cuando la incapacidad permanente deriva de enfermedad profesional, incluso cuando se alcanza la edad de jubilación. STSJ Castilla y León/Valladolid de 26 -10-1998<sup>1425</sup>

F.D. Único.- [...] Ciertamente es, como ya se pronunció esta Sala en Sentencia de 8 octubre 1996, que, en aplicación de la normativa especial que se invoca, la limitación cronológica del artículo 143.2 LGSS no es aplicable a supuestos derivados de enfermedad profesional, pudiendo determinar declaración de invalidez incluso en situaciones de jubilación con base a su evolución lenta o insidiosa, como así también que, tanto para la declaración inicial como para los supuestos de revisión de invalidez permanente, procede la valoración conjunta de las diversas dolencias que presente el afectado, aun procediendo de diversas contingencias, debiendo pues, en contra del criterio mantenido en la instancia, valorarse, a efectos de la acción instada, no sólo la posible progresión de la enfermedad profesional que sirvió de base al reconocimiento del inferior

---

<sup>1422</sup> Vid. Supra epígrafe 4.2.7. Revisión de la prestación.

<sup>1423</sup> Es necesario que concurren dos circunstancias según el TSJ de Andalucía/Granada, a saber: debe haber un empeoramiento del cuadro patológico que presenta el beneficiario y que repercuta en su capacidad laboral, de tal forma que le inhabilite para la realización de actividades que antes sí podía llevar a cabo y le provoque un grado superior de invalidez (Sentencia de 2-2-1998. Ar./317. Ponente: J. M. CAPILLA RUIZ-COELLO).

<sup>1424</sup> Cuestión distinta es la revisión de la calificación de la enfermedad que genera la situación de Incapacidad Temporal por parte de la Entidad Gestora, INSS, que puede suponer la atribución de responsabilidad a la Mutua. Véase supra epígrafe *Calificación de la dolencia como enfermedad común o profesional: consecuencias en cuanto a la imputación de responsabilidad. Competencia calificador del INSS como Entidad Gestora.*

<sup>1425</sup> Ar./4803. Ponente: M. M. BENITO LÓPEZ. Se solicita revisión por agravación de la enfermedad profesional de silicosis de segundo grado con dolencias comunes.

grado de invalidez que se revisa, sino también las nuevas dolencias, derivadas de enfermedad común, que aquél padece.

Asimismo debe tenerse en cuenta el principio de prorrateo de responsabilidades de entidades aseguradora que tiene lugar cuando la agravación se debe a distinta contingencia en virtud del principio de consideración conjunta de todas lesiones para configurar el grado de incapacidad. En ese sentido STS] Galicia de 15-4-1998 [Ar./5887. Ponente: J. SOUTO PRIETO] recoge la doctrina del TS sobre valoración unitaria de las lesiones para configurar el grado de incapacidad<sup>1426</sup>:

F.D. único.- En efecto, una cosa es que en orden a la calificación del grado de invalidez se atienda a la apreciación conjunta de lesiones, aunque deriven unas de accidente de trabajo y otras de enfermedad común, pues como tiene señalado la jurisprudencia (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre 1993) el estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente; pero la responsabilidad del abono de la prestación, cuando la nueva deriva de un riesgo distinto, debe ser compartida por las entidades que gestionan cada una de las contingencias.

---

<sup>1426</sup> Doctrina que se fundamenta en la STS de 9-6-1987 (Ar./4320), en virtud de la cual "no es comprensible que admitiéndose francamente por la Sala la apreciación conjunta de secuelas para un grado de invalidez, no sea aplicable tal valoración para la calificación de un nuevo grado de incapacidad por agravación". En el mismo sentido STS 7-7-1995 [Ar./5910. Ponente: J. GARCÍA-MURGA VÁZQUEZ], STS 27-7-1996 [Ar./6426. Ponente: L. GIL SUÁREZ], STS 6-5-1994 [Ar./6543. Ponente: J. A. LINARES LORENTE], en la que se afirma que "el estado de salud del demandante que menoscaba su capacidad para el trabajo es una situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, sin que sea exigible ni aconsejable que el examen de su estado se efectúe en actuaciones separadas para diferenciar la incidencia que tiene el origen común o profesional de sus dolencias, pues esto rompería la unidad y globalidad de la evaluación que permite conocer el alcance de su incapacidad. La tesis de la sentencia aportada como contradictoria conduciría a reconocimientos disociados de las dolencias del demandante según su origen, pudiendo llegar a situaciones de grave complejidad procesal y hasta el absurdo de que pudieran reconocérsele dos situaciones de incapacidad, lo que no es jurídicamente admisible". Aplican la doctrina de valoración conjunta de las lesiones: STS] de Madrid de 22-1-1996 [Ar./755. Ponente: E. DE LA FUENTE GONZÁLEZ], STS] Cataluña de 14-6-1999 [Ar./2831. Ponente: A. MATÍAS COLINO REY], STS] Castilla La Mancha de 11-11-1998 [Ar./7060. Ponente: M. J. ROMERO RODENAS], STS] Cataluña de 4-12-1998 [Ar./7320. Ponente: J. AGUSTÍ JULIÀ], STS] Andalucía/Granada de 7-10-1998 [Ar./6788. Ponente: L. FELIPE VINUESA], entre otras muchas.

Así las cosas podemos establecer de los siguientes supuestos de interés:

- Revisión de una Incapacidad Permanente por enfermedad común que se agrava con una enfermedad profesional y el supuesto a la inversa, esto es, enfermedad profesional que se agrava con una enfermedad común.
- Revisión de una IP por enfermedad profesional que se agrava con una accidente de trabajo.

En el primer supuesto planteado la revisión de la incapacidad permanente inicial no supone un cambio de imputación de responsabilidad, puesto que es el INSS la Entidad Gestora que asume las prestaciones de Incapacidad permanente por enfermedad común y profesional<sup>1427</sup>.

---

<sup>1427</sup> Un supuesto de agravación de la incapacidad permanente por silicosis agravada por una enfermedad común (Alzheimer) se plantea en la STSJ Castilla y León/Valladolid de 31-5-1999 [Ar./2294. Ponente: E. MIGUEZ ALVARELLOS], si bien la Sala no le reconoce la revisión por haber cumplido la edad de 65 años, aún sabiendo que la presente pensión de IPA se había reconocido tras haber cumplido aquella edad: F.D. 4º.- "Sin embargo en el presente caso, pese a que el estado clínico del actor induciría a reconocerle en situación de gran invalidez, no puede hacerse así, ya que ha cumplido, como antes se expresaba, la edad de 65 años y por ello, en aplicación de los preceptos a que antes se hacía mención, no puede acceder a dicho grado invalidante, y es absolutamente indiferente que la nueva situación se pueda producir como consecuencia de la «apreciación conjunta de contingencias», y aún con mayor motivo, pues es una enfermedad común, la que originaría un cambio de grado, al sumarse el Alzheimer a la enfermedad profesional y en consecuencia la nueva enfermedad común no puede ser valorada ya, porque se produce, como decimos, cuando el actor había rebasado con creces la citada edad de 65 años". En sentido contrario, admitiendo la posibilidad de reconocer la incapacidad permanente por enfermedad profesional tras esa edad es la Sentencia del mismo Tribunal de 21-5-1996 [Ar./1530. Ponente: J. MÉNDEZ HOLGADO], si bien al solicitar la incapacidad permanente por enfermedad profesional tras la edad de jubilación solamente se tendrán en cuenta las dolencias que constituyen dicha enfermedad pero no las lesiones o enfermedades de carácter común: "[...] ya que la valoración conjunta de dolencias tanto para la declaración inicial como para la revisión de invalidez permanente, ha sido entendida por la jurisprudencia al Régimen General, refiriendo dichas normas tal valoración al trabajador, lo que conlleva la imposibilidad de tomar en consideración dolencias comunes para declaración de invalidez con posterioridad a la jubilación a salvo las que sean legalmente exigencia concurrente de enfermedad profesional -silicosis-, según lo más arriba expuesto, y como el actor se encontraba

No obstante en el caso de que el empresario sea responsable directo de la prestación por incumplir con sus obligaciones, la revisión por agravación que puede instar él mismo en virtud de lo dispuesto en la Orden de 18 de enero de 1996<sup>1428</sup>, puede suponer que se repartan la responsabilidad entre éste y el INSS.

Por otro lado, la teoría del prorrateo de responsabilidades cobra su sentido cuando se habla de revisión de la pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional por agravación de un accidente de trabajo, ya que la Mutua o entidad colaboradora es responsable de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo. La agravación de las lesiones constitutivas de enfermedad profesional con aquellas derivadas de un accidente de trabajo, supone que el beneficiario de la pensión había obtenido previamente autorización del INSS para trabajar de conformidad con lo dispuesto en la normativa específica de aplicación<sup>1429</sup>. La compatibilidad del trabajo con la pensión de invalidez permanente<sup>1430</sup> (si se obtuvo la autorización) implica que será una ocupación distinta a la que dio origen a la invalidez, entendiendo que el pensionista-trabajador puede sufrir un accidente en el devenir de su labor. En ese caso, las lesiones que dieron lugar en un

---

inactivo por jubilación desde 1982, la aparición más tarde de hipoacusia profesional con pérdida global de 65,5 dB, le permitirá ser declarado en invalidez permanente atemperado el grado a la intensidad de la pérdida funcional, sin que tengan relevancia dolencias comunes asociadas, y surgidas con posterioridad a la jubilación, grado aquel no superior al reconocido en vía administrativa de total [...]"

<sup>1428</sup> De aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social (BOE 26-1), que regula el procedimiento para calificar la incapacidad permanente así como su revisión. Con arreglo al art. 17 están legitimados para iniciar el procedimiento de revisión del grado de invalidez los empresarios responsables de las prestaciones, y en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas, entre otras personas legitimadas.

<sup>1429</sup> Art. 24 RGP, art. 43 OIP.

<sup>1430</sup> Un supuesto de compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente Total para la profesión habitual de metalúrgico por enfermedad profesional (hipoacusia profesional) y el trabajo desempeñado por cuenta ajena con la categoría de vendedor en empresa distinta, se plantea en Sentencia del TSJ de Asturias de 20-1-1992 [Ar./5. Ponente: F. J. GARCÍA GONZÁLEZ]. La Sala admite que la base reguladora de la nueva pensión que surge de la revisión en grado de la incapacidad permanente inicial integre los salarios percibidos mientras compatibilizaba trabajo y pensión.

principio a la incapacidad permanente concurren con las lesiones o dolencias por accidente de trabajo. En virtud de la doctrina general mencionada con anterioridad relativa a la jurisprudencia de la consideración conjunta de las lesiones para valorar el grado de incapacidad deberían ser tenidas en cuenta para proceder a la revisión de la incapacidad permanente por enfermedad profesional. No obstante otra parece la solución aportada por el TS en Sentencia de 21-6-1999<sup>1431</sup>, que admite la valoración separada e independiente basándose en la diferente profesión que sirve de parámetro para calificar la incapacidad permanente por enfermedad profesional y la incapacidad permanente por accidente de trabajo<sup>1432</sup> y además admite la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente parcial y la pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional:

F.D. 2º: [...] 2. La doctrina correcta es la de la compatibilidad, reflejada en la sentencia invocada como de contraste. En consecuencia, existe compatibilidad entre una prestación de incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo y una pensión de incapacidad total derivada de enfermedad profesional en supuestos, como el ahora enjuiciado, en los que las profesiones habituales del beneficiario a efectos de las incapacidades reconocidas cabe entenderlas distintas en una y otra situación. Esta doctrina cabe deducirla de los siguientes razonamientos:

a) Las secuelas derivadas del accidente de trabajo son, en el presente caso, totalmente independientes de las que fueron tomadas en consideración para declarar la invalidez permanente derivada de enfermedad profesional del trabajador y el grado de incapacidad total de la misma, por lo que sería analógicamente aplicable la excepción al principio de incompatibilidad, expresamente regulada en el art. 152 LGSS/1994 («salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal invalidez y el grado de incapacidad de la misma»), entre indemnización por baremo y prestaciones económicas por invalidez permanente.

---

<sup>1431</sup> Ar./5225. Ponente: F. SALINAS MOLINA.

<sup>1432</sup> El INSS confirma el dictamen médico del EVI y reconoce una Incapacidad Permanente Total por valoración conjunta de contingencias (accidente de trabajo y enfermedad profesional), tal y como constan en los antecedentes de hecho de la Sentencia citada y en el Fundamento de Derecho 1º. La Mutua y el recurrente no están de acuerdo, pretendiendo una valoración separada de las dolencias presentadas.

b) La objeción de posible incompatibilidad ex art. 122.1 LGSS/1994 («*las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente*») que podría derivar del reconocimiento simultáneo del derecho a las prestaciones económicas derivadas de una incapacidad parcial y de una incapacidad total para la misma profesión habitual, aunque derivaran de distintas contingencias, no puede ser ahora opuesta, no sólo porque las pensiones responden a situaciones distintas y tienden a subvenir distintas situaciones de necesidad originadas por merma en la capacidad laboral, sino fundamentalmente porque es dable entender que las profesiones habituales para las que se ha producido, en un caso imposibilidad de desempeño y en otro merma trascendente en el rendimiento, son distintas.

De la Sentencia mencionada se desprende no sólo la idea clara de compatibilidad de esas prestaciones en concreto sino también que habiendo profesiones distintas y situaciones distintas es posible valorar de forma individual y separada las dolencias derivadas de una y otra situación. Evidentemente puede existir esa concurrencia de dolencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional en otra situación dando lugar a una distribución de responsabilidades entre la Mutua o entidad colaboradora que haya asumido la cobertura de las contingencias profesionales y el INSS, en cuanto a la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional<sup>1433</sup>.

---

<sup>1433</sup> Ese reparto, en caso de producirse, es económico, del total de la cuantía de la pensión que se reconoce se atribuye una parte a cada sujeto responsable.